3 1761 03522 3759

TRAITÉ

DE

DROIT CONSTITUTIONNEL

II

SOUS PRESSE :

Tome III. — **La théorie générale de l'État** (*suite*).

EN PRÉPARATION :

Tome IV. — **L'organisation politique de l'État français.**

Const
D868t

TRAITÉ

DE

DROIT CONSTITUTIONNEL

PAR

Léon DUGUIT

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

DEUXIÈME ÉDITION

EN QUATRE VOLUMES

TOME DEUXIÈME

LA THÉORIE GÉNÉRALE DE L'ÉTAT

179762.
19.4.23.

PARIS

ANCIENNE LIBRAIRIE FONTEMOING & Cie, ÉDITEURS

E. de BOCCARD, Successeur

LIBRAIRE DES ÉCOLES FRANÇAISES D'ATHÈNES ET DE ROME
DE L'INSTITUT FRANÇAIS D'ARCHÉOLOGIE ORIENTALE DU CAIRE
ET DU COLLÈGE DE FRANCE

1, RUE DE MÉDICIS, 1

1923

39 622. — BORDEAUX. — IMPRIMERIE CADORET

17, RUE POQUELIN-MOLIÈRE, 17

TRAITÉ

DE

DROIT CONSTITUTIONNEL

THÉORIE GÉNÉRALE DE L'ETAT

CHAPITRE PREMIER

LES ÉLÉMENTS DE L'ÉTAT

§ 1. — *Principe de ma théorie de l'État*

J'ai dit aux chapitres V et VI du tome I pourquoi je ne peux accepter la doctrine, encore dominante, de l'État personne collective souveraine. Elle repose sur des concepts métaphysiques sans valeur : d'une part la prétendue personnalité de la collectivité, qui aurait une conscience et une volonté, et d'autre part la souveraineté, c'est-à-dire la puissance de formuler des ordres inconditionnés appartenant à cette volonté collective. Formulée dans ses principes par les déclarations des droits et les constitutions de l'époque révolutionnaire et par la constitution de 1848, elle est encore, d'après ces textes, la base de notre droit public français. Mais les faits sont plus forts que les textes, et le droit se trouve

dans la réalité sociale et non dans les formules de lois, quelque solennelles qu'elles soient. Le moment est venu de tenter la construction juridique de l'État, en utilisant uniquement les matériaux fournis par la réalité sociale et en écartant tous les concepts d'ordre métaphysique.

Le premier élément social qui doit entrer dans cette construction est assurément la collectivité. Le fait État implique l'existence d'une société humaine, d'un groupement social, et la forme la plus générale des groupements sociaux dans les pays parvenus aujourd'hui à un certain degré de civilisation est assurément la *nation*. Je ne nie pas, je n'ai jamais nié la réalité de la nation, mais seulement l'existence d'une personne-nation investie d'une conscience et d'une volonté. La nation est, si l'on veut, un élément de l'État, non pas en ce qu'elle est la substance personnelle devenant l'État (ce qui est de la scolastique pure), mais en ce sens qu'elle est le milieu social dans lequel se produit le fait État.

Le second élément de l'État est ce que nous appelons la différenciation entre gouvernants et gouvernés. Réduit à ses éléments simples, ce fait est la séparation, dans un groupement social, d'individus qui ont une plus grande force que d'autres individus, et qui, en fait, peuvent imposer aux autres individus leur volonté par cette plus grande force. Les premiers sont les *gouvernants;* les seconds sont les *gouvernés*. Cette plus grande force peut affecter des formes infiniment diverses. Elle a été dans les sociétés primitives une force matérielle ou une force morale fondée sur des croyances religieuses. Dans les sociétés modernes extrêmement complexes, ces forces sont elles mêmes extrêmement complexes. Elles s'entremêlent dans une même société ; elles revêtent des aspects divers, mais elles existent toujours et le gouvernement d'un pays n'est vraiment

fort que lorsqu'il est l'organisation de ces forces sociales. Les règles de la logique nous obligent à procéder par voie d'abstraction, à opposer ainsi l'entité *gouvernants* à l'entité *gouvernés ;* mais c'est légitime, car il n'y a là que l'expression en langage abstrait de deux réalités incontestables.

Les gouvernants sont des individus investis d'une volonté. Cette volonté se manifestant à l'extérieur, a-t-elle un caractère propre? Est-elle d'une essence spéciale? La théorie classique de la souveraineté répond affirmativement. Mais cette théorie est insoutenable, parce que, affirmer que la volonté de certains individus est d'une essence supérieure à la volonté de certains autres, c'est formuler une affirmation d'ordre métaphysique inacceptable en science positive. Ainsi se trouve écartée la notion de souveraineté ou de puissance publique. La volonté des gouvernants sera sans doute un élément de l'État; mais ce n'est pas parce que cette volonté a le privilège de s'imposer par voie d'ordre aux gouvernés. C'est tout simplement parce que les gouvernants étant investis d'une plus grande force pourront mettre légitimement en mouvement cette plus grande force pour imposer leur volonté, quand elle sera conforme au droit.

Par là, on est ramené à l'élément essentiel de tout État : la plus grande force. Elle peut être matérielle ou morale; mais, même lorsqu'elle n'est que morale, elle se traduit toujours par une puissance de contrainte. Il n'y a différenciation entre gouvernants et gouvernés que lorsque les gouvernants peuvent, en fait, imposer par la contrainte leur volonté aux gouvernés. A cette seule condition, il y a différenciation entre gouvernants et gouvernés, et par conséquent, à cette seule condition, il y a un État.

Mais cette volonté et cette puissance de contrainte

des gouvernants ont une double limite. Elles sont limitées dans leur objet qui est l'organisation et le contrôle des services publics. Elles ont une limite territoriale, imposée de fait par l'établissement de sociétés civilisées sur des territoires déterminés, de telle sorte que les trois éléments essentiels de l'État sont la nation, les services publics et le territoire.

§ 2. — *La nation.*

On a brièvement montré au tome I, chapitre VI, § 57, que les trois formes principales qu'ont dû revêtir au cours des temps les sociétés humaines parvenues à un certain degré de civilisation sont la famille, la cité et la nation. La nation moderne, forme générale des collectivités politiques, est en soi une agglomération de cités, comme la cité a été une agglomération de familles. Mais cette conception de la nation moderne est, il faut le dire, plus schématique que réelle. Dans le fait, les nations modernes sont des formations sociales d'une infinie complexité et composées d'éléments dont on doit mettre en relief les principaux. Elles sont sorties du monde antique par l'intermédiaire du régime féodal qui pendant plusieurs siècles a régné dans toute l'Europe et a eu sur nos idées et nos institutions modernes une influence profonde, toujours persistante, souvent inaperçue. Les éléments du monde féodal, amalgamés et organisés sous l'empire de causes diverses, que je n'ai pas à étudier, ont donné naissance, ou plus tôt ou plus tard, suivant les pays, à la nation moderne.

Mais quel est le facteur essentiel qui a produit et qui maintient le lien national? On a mis en avant la communauté d'autorité politique, la communauté de race et de langue, la communauté de croyance religieuse. Ces différents facteurs ont certainement agi soit ensem-

ble, soit séparément ; mais aucun n'était assez puissant pour créer à lui seul la solidarité nationale. Les faits le démontrent surabondamment.

Assurément, la réunion d'un certain nombre d'hommes ou de groupes sous une même puissance politique peut être un élément de solidarité nationale. Mais il y a des exemples nombreux de formation nationale unissant des hommes qui n'étaient point soumis à la même puissance politique et l'unité nationale a souvent persisté, bien que la communauté politique ait été brisée. N'y avait-il pas, par exemple, une nation italienne avant que l'Italie tout entière eût été réunie sous l'autorité de la maison de Savoie ?

La nation polonaise n'avait point disparu au jour du dernier partage de la Pologne, et le Traité de Versailles, en reconnaissant la Pologne comme nation autonome, n'a fait que consacrer un état de choses qui avait subsisté malgré les partages et les annexions.

L'Irlande est une nation, quoiqu'elle soit depuis des siècles sous la domination anglaise, et malgré qu'il en ait, l'orgueilleux gouvernement britannique est aujourd'hui obligé de traiter d'égal à égal avec le gouvernement sinn-feiner, et de reconnaître l'autonomie nationale de l'Irlande.

Les diverses populations qui ont été pendant plusieurs siècles groupées sous le sceptre des Hasbourgs n'ont cependant jamais formé une nation. Il n'y a jamais eu de nation autrichienne. Quand certains publicistes ont prétendu que les auteurs des traités de paix qui ont suivi la grande guerre auraient dû, au lieu de démembrer l'Empire des Hasbourgs, créer une Autriche puissante et une pour faire contrepoids à l'Allemagne, ils ont dit une absurdité. Pour qu'il pût y avoir une Autriche puissante, il aurait fallu qu'il y eût une nation autrichienne. Or, il n'y en avait point ; il n'y en avait

jamais eu ; et il ne dépendait pas des diplomates, réunis autour du tapis vert de Versailles ou de Saint-Germain, de faire qu'il y en eût une. La Hongrie, la Tchéco-Slovaquie, la Yougo-Slavie sont-elles des nations? Il semble que oui Mais avant de répondre d'une façon ferme, il serait peut-être prudent d'attendre l'expérience du temps.

Si la subordination de populations à une même autorité politique est impuissante par elle seule à créer une nation, cependant il est certain qu'elle a pu, à certains moments, hâter la formation de l'unité nationale. La monarchie française, en réunissant sous son autorité les anciennes provinces; la Révolution et l'Empire, en leur donnant un droit unifié et une administration centralisée, ont puissamment renforcé le lien national. Mais il n'y a là cependant, à tout prendre, qu'un facteur d'ordre secondaire.

Il en est de même de la communauté de race et de langue. Tous les hommes, a-t-on dit, parlant la même langue, appartiennent à la même race et doivent former une même nation subordonnée à une seule puissance politique. Proposition souvent formulée au XIXe siècle et encore aujourd'hui sous le nom de *principes des nationalités*, et, depuis la grande guerre, affirmée plus énergiquement que jamais, mais qui cependant n'a rien de scientifique.

En fait, cette prétendue communauté de race n'est jamais établie ; et il existe des nations fortement intégrées, qui n'ont assurément ni la même origine ethnique, ni la même langue. S'il y eut jamais une nation unifiée, c'est assurément la nôtre. Et cependant y a-t-il une race française ? La population de notre pays n'est-elle pas un amalgame des races les plus diverses ? Dira-t-on qu'il n'y a pas de nation américaine, parce qu'il n'y a pas de race américaine et que les Etats-Unis sont peu-

plés des représentants de toutes les nations européennes et même des hordes africaines? La petite nation suisse n'est-elle pas un type national complet, bien que trois langues au moins se partagent ses cantons? La communauté de race et de langue peut contribuer à l'établissement national; leur diversité peut le retarder; elle ne l'empêche pas nécessairement, et seule la communauté de race et de langue serait impuissante à le créer.

Il en est de même pour la religion, qui a été dans la cité antique un facteur de premier ordre, mais qui, de nos jours, avec l'affaiblissement du sentiment religieux, est, nous le croyons, un élément tout à fait secondaire.

Enfin, la configuration du territoire a certainement facilité certaines formations nationales; mais bien souvent aussi les groupements nationaux ne coïncident pas avec les limites géographiques. L'Espagne et le Portugal, la Suède et la Norvège en sont des exemples frappants. Le canton suisse du Tessin est partie intégrante de la nation helvétique, quoiqu'il en soit séparé par le massif du Saint-Gothard.

Communauté d'autorité politique, de droit, de langue, de religion, limites naturelles, ce ne sont là que des éléments secondaires. L'élément essentiel de l'unité nationale, il faut le chercher dans la communauté de traditions, de besoins et d'aspirations. L'humanité, a-t-on dit, est faite de plus de morts que de vivants; la nation est faite elle aussi de plus de morts que de vivants. Le souvenir des luttes entreprises, des triomphes remportés et surtout des défaites subies en commun a contribué puissamment à créer et à préciser la conscience de la solidarité nationale. Pour ne citer qu'un fait, la guerre de Cent ans et les souvenirs ineffaçables qu'elle a laissés dans les consciences françaises ont été une des causes les plus actives de la formation du sentiment

national. La communauté des traditions a joué dans tous les pays un rôle capital, et en ce sens on a dit, très justement, que la nation était une formation historique (Renan, *Qu'est-ce qu'une nation?* dans *Discours et conférences*, p 307).

La communauté des aspirations et des besoins présents, le sentiment du rôle que les hommes d'une même nation doivent jouer ensemble dans le monde, le besoin de défendre un patrimoine commun d'idées, de richesses intellectuelles ou matérielles, tout cela maintient et accroît chaque jour la cohésion nationale. D'autre part, les membres d'une même nation sont particulièrement unis entre eux par les liens de la solidarité par division du travail; car, étant plus près les uns des autres, ils échangent naturellement plus fréquemment et plus facilement les services qu'ils peuvent se rendre à cause de leurs aptitudes différentes.

La nation, forme générale actuelle des collectivités politiques, n'exclut pas cependant le maintien des formes sociales antérieures, la famille et la cité. Le membre de la nation peut être aussi encadré dans une famille et une cité. Mais qu'on le regrette ou non, on est obligé de reconnaître que dans la nation moderne, la famille, en tant que groupe social, est en train de se désagréger, et que la commune moderne, pour des raisons qu'il n'y a pas lieu de rechercher, est impuissante à fonder des groupements cohérents et forts au sein de la nation.

Mais en même temps se forment d'autres groupements. Les corporations professionnelles encadrent les hommes dans une nouvelle hiérarchie sociale. La formation, au sein de la nation moderne et particulièrement au sein de la nation française, de groupements fondés sur la communauté des intérêts professionnels, industriels, commerciaux, des travaux scientifiques, des

œuvres artistiques, littéraires ou autres et aussi sur les promesses d'assistance mutuelle, est incontestablement le fait social le plus saillant de ces trente dernières années. Le législateur n'a pu le négliger, et les lois de 1884 et de 1920 sur les syndicats professionnels, de 1898 sur les sociétés de secours mutuels, de 1901 sur les associations en général, ont été le produit et non point la cause du vaste mouvement *associationniste* qui remplit notre époque.

Ce qu'on appelle aujourd'hui le *mouvement syndicaliste* en est la principale manifestation. Ce mouvement, comme je l'ai montré au tome I, page 509, ne se restreint pas à la classe des travailleurs manuels. Ce n'est pas, contrairement à ce que prétendent les syndicalistes révolutionnaires, l'effort de la classe ouvrière prenant conscience d'elle-même pour concentrer en elle le pouvoir et la fortune et anéantir la classe bourgeoise. C'est un mouvement beaucoup plus large, beaucoup plus profond. Il n'est pas un moyen de guerre et de divisions sociales; il est au contraire un moyen puissant de pacification et d'union. Il n'est pas une transformation de la seule classe ouvrière; il s'étend à toutes les classes sociales et tend à les coordonner en un faisceau harmonique. Il prépare la constitution dans la société de groupes forts et cohérents à structure juridique précisée, et composés d'hommes déjà unis par la communauté de besogne sociale et d'intérêt professionnel. Le syndicalisme fonctionnariste dont il sera parlé plus tard n'est qu'un aspect de ce vaste mouvement.

Ces associations ainsi formées dans le sein de la nation ne compromettent point l'unité nationale. Ç'a été la grande erreur de la Révolution de croire le contraire. La loi Le Chapelier qui, sous prétexte de protéger la liberté individuelle et l'unité nationale, prohibait toutes les associations professionnelles (14 juin 1791),

a été abrogée par les faits avant de l'être par le législateur. Depuis la Révolution jusqu'à nos jours, s'est accompli un vaste et profond mouvement de réaction contre l'éparpillement des individus placés, isolés et impuissants, en présence de l'État tout-puissant. En se constituant, les groupes d'ordres divers et particulièrement les groupes professionnels, bien loin de compromettre le lien national, viennent le renforcer en donnant à la solidarité nationale une structure plus complexe. L'homme moderne, membre de la nation, se trouve uni aux autres membres de la même nation par des liens dont la complexité s'accroîtra certainement encore, et ainsi l'homme deviendra plus homme en devenant plus social.

La conscience que l'homme fait partie d'une nation, qu'il ne peut vivre que s'il fait partie d'une nation, que son premier devoir comme son premier intérêt est de défendre l'intégrité de cette nation et de travailler à son développement, telle est en son essence l'idée de patrie.

Longtemps inattaquée et considérée comme intangible, l'idée de patrie était avant la guerre violemment combattue dans certains milieux. Quelques intellectuels cherchaient, en niant l'idée de patrie nationale, à se faire une réclame de mauvais aloi. Au mois de décembre 1905, M. Marcel Sembat n'avait pas craint d'exposer à la tribune de la Chambre toute la théorie antipatriotique. M. Hervé, dans son livre *Leur patrie* (1905), avait écrit, non sans talent, un véritable pamphlet contre la patrie. A la suite de Karl Marx, les syndicalistes révolutionnaires déclaraient à grand bruit que les prolétaires n'ont pas de patrie, que les prolétaires de tous les pays doivent s'unir pour mener la guerre des classes et anéantir la bourgeoisie, que l'idée de patrie est une invention bourgeoise, que les capitalistes seuls en profitent et qu'au cas de guerre étrangère, tout le monde

ouvrier devra faire la grève de la mobilisation. Pas de patrie nationale, pas de guerre étrangère, disaient-ils, mais la guerre des classes dans le monde entier. Toutes ces déclarations, toutes ces théories ont été emportées comme des fétus de paille, le 1er août 1914, par le souffle puissant de l'âme nationale.

Quand la France apprit que sans provocation d'aucune sorte, l'Allemagne, après avoir accumulé, pendant plus de quarante années, tous les moyens de destruction inventés par la science moderne, se jetait sur elle pour lui ravir son indépendance et anéantir ses richesses matérielles, elle s'est dressée tout entière contre l'envahisseur. Pas un Français n'a manqué à l'appel de la patrie en danger. Sauf quelques exceptions négligeables, ces mêmes intellectuels qui, avant l'agression allemande, niaient la réalité et la valeur de l'idée nationale, s'en faisaient maintenant les ardents protagonistes. Et aujourd'hui, tout parti qui prétend se placer en dehors du cadre national, particulièrement le parti communiste, est condamné à l'impuissance et à la mort.

Est-ce à dire cependant que l'idée de patrie soit quelque chose d'absolu, de permanent, de définitif? Non, assurément. Il n'y a rien dans le monde d'absolu, de permanent, de définitif. En me plaçant au point de vue purement scientifique, et en mettant par conséquent de côté toute préoccupation de politique électorale, tout intérêt de parti, toute considération sentimentale, je dirai : en fait, au stade d'évolution auquel sont parvenues les sociétés modernes, la solidarité nationale est la forme par excellence de la solidarité sociale ; par conséquent, si l'homme veut vivre, il ne peut vivre que dans la nation, parce que la vie sociale est la condition de la vie individuelle. Affirmer la prédominance de l'idée de patrie, c'est affirmer un fait auquel est attachée l'existence même des hommes modernes. Cependant la

forme nationale est-elle la dernière forme des groupements humains ? L'idée de patrie n'est-elle pas destinée à disparaître, comme beaucoup d'idées, qui ont rempli le monde à un certain moment ? La nation fera-t-elle place un jour à un groupement plus large, plus compréhensif ? C'est possible, c'est même très probable. Mais quand, comment cette transformation se produira-t-elle ? Nul ne le sait, et il faut se garder de faire le prophète. Il n'y a pas de plus sot ni de plus dangereux métier.

La nation est donc une réalité ; jamais je n'ai eu la pensée de le contester. Cette réalité consiste dans le lien de solidarité, d'interdépendance, qui unit entre eux, d'une manière particulièrement étroite, les hommes qui sont membres d'une même nation. Mais on ne saurait aller plus loin, sans sortir du domaine de l'observation positive et tomber dans l'hypothèse et l'affirmation métaphysiques. C'est ainsi que je repousse sans hésiter toutes les doctrines qui affirment qu'il existe une conscience et une volonté de la nation, que, par conséquent, la nation possède une personnalité distincte des individus qui la composent, la volonté de cette personne étant la souveraineté nationale, la puissance politique elle-même, le pouvoir de commander aux individus.

De ce que, au même moment, dans la nation, la majorité des individus pensent la même chose, on ne saurait conclure que le support de ces pensées est une substance propre, qui serait la conscience nationale, l'âme nationale. Si la psychologie positive a définitivement rejeté le concept d'âme individuelle en le laissant au domaine des croyances religieuses, je ne vois pas comment la politique peut maintenir le concept d'âme collective.

Rousseau fondait l'existence de la conscience et de la volonté collective, de ce qu'il appelait le *moi commun*, sur le contrat social. Il écrit : « A l'instant, au lieu de

la personne particulière de chaque contractant, cet acte d'association produit un corps moral et collectif..., lequel reçoit de ce même acte son unité, son *moi commun,* sa vie et sa volonté » (Liv. I, chap. VI). Les sociologues modernes, qui admettent l'existence d'une conscience collective et qui voient avant tout dans les faits sociaux des phénomènes de psychologie collective, ne donnent pas d'autre explication et font dériver aussi la prétendue conscience sociale d'une adhésion volontaire de tous, ce qui ne diffère que par les mots du contrat social (Espinas, *Revue philosophique,* mai 1901, p. 478).

Or l'hypothèse du contrat social serait-elle exacte, elle n'impliquerait point l'existence d'une conscience et d'une volonté nationales. Le contrat est un accord de volontés ; le lieu n'est pas ici de rechercher si les volontés qui s'accordent dans le contrat ont le même objet ou des objets différents. Si elles ont des objets différents, il est d'évidence qu'elles restent des volontés individuelles et que de leur accord ne naît pas une volonté commune. Si elles ont un objet commun, les sujets de ces volontés restent différents, et de ce que deux ou plusieurs volontés poursuivent en commun le même objet, il ne résulte pas évidemment que les sujets de volonté n'en forment plus qu'un seul. Si dans une assemblée de mille personnes, ces mille personnes veulent la même chose, il y a mille volontés individuelles qui veulent une chose, et non pas une personne collective composée de mille individus fondus en elle qui veut cette chose. Affirmer l'existence de cette prétendue volonté collective, c'est formuler une affirmation arbitraire et tout à fait extra-scientifique.

Il convient d'ajouter que, dans le fait, cette prétendue volonté nationale n'est jamais que la volonté d'une majorité. La chose est si évidente qu'il est inutile d'insister. Si le peuple est directement consulté, il n'y a

qu'une toute petite partie du peuple qui en fait est consultée; encore se forme-t-il une majorité; et la volonté qui se manifeste est la volonté des individus composant cette majorité et point autre chose. Si le peuple est représenté, ses députés ne représentent que la minorité du pays, et même la minorité du corps électoral dans les pays de suffrage universel. En France, la chambre des députés représente en moyenne 47 pour 100 du corps électoral.

La volonté nationale, et par là même la souveraineté nationale, est donc une pure fiction, sans valeur scientifique, et une construction juridique positive ne saurait être édifiée sur elle (Cf. t. I, p. 422 et s.).

La nation est tout simplement le milieu dans lequel se produit le phénomène qu'est l'État, c'est-à-dire la différenciation entre gouvernants et gouvernés. En ce sens seulement, on peut dire qu'elle est un élément de l'État moderne. Les peuples civilisés modernes sont en général groupés par nations; et c'est dans ces groupements nationaux que s'accomplit la distinction toute de fait entre gouvernants et gouvernés. C'est pourquoi, en général, l'action des gouvernants s'étend à tous les membres de la nation : de la différenciation naturelle qui s'accomplit à l'intérieur de la nation résulte que tous les nationaux sont gouvernants ou gouvernés, et ainsi, le plus souvent, l'action des gouvernants est déterminée quant aux personnes auxquelles elle s'applique par la nationalité de celles-ci. La nation, pour nous servir de termes parfois employés, n'est ni un élément *subjectif,* ni un élément *objectif* de l'État, c'est-à-dire qu'elle n'est ni le sujet ni l'objet de la puissance politique, mais seulement la limite, au point de vue des personnes, de l'exercice de cette puissance politique. C'est pourquoi dans les rapports internationaux les questions de nationalité occupent une place si

importante ; elles sont résolues d'après les règles du droit international public.

Cependant, il ne faut pas croire qu'il y ait toujours coïncidence entre la sphère d'action personnelle des gouvernants et la nation, et c'est précisément une nouvelle preuve du caractère tout à fait artificiel de la doctrine d'après laquelle la nation est le *substratum* personnel de l'État. Parfois les mêmes gouvernants exercent une puissance sur deux ou plusieurs collectivités qui ont conservé d'une manière certaine leur caractère de nation, nations qui peuvent être rivales et que seule maintient unies la force gouvernante qui s'impose à elles. L'empire d'Autriche offrait un exemple frappant de cet état de choses.

D'autre part, bien souvent, la puissance des gouvernants s'exerce sur beaucoup d'individus qui ne font pas véritablement partie de la nation considérée. Chacun sait notamment que tout gouvernement exerce une autorité qui peut varier suivant les pays, mais qui est partout reconnue, sur tous les individus, même n'étant pas ses nationaux, qui se trouvent sur son territoire. De plus, beaucoup d'individus peuvent être et sont en fait sujets d'un pays sans être nationaux de ce pays. En considérant particulièrement la France, tous les indigènes des colonies sont sujets, mais non citoyens français, tant que le caractère de citoyens ne leur a pas été expressément reconnu, suivant certaines règles spéciales déterminées par notre législation coloniale. Il y a donc là une quantité considérable d'individus qui sont subordonnés à la puissance publique française, mais qui ne font point partie de la nation française. Quant aux habitants des pays de protectorat, ils ne sont certainement pas même Français, et cependant ils sont subordonnés, en une mesure variable d'ailleurs, à la puissance française.

En résumé, la nation n'est point un élément constitutif de l'État. Il n'y a pas, dans la réalité, de conscience, de volonté nationale. La nation n'en est pas moins une grande et puissante réalité. Elle est le milieu sociologique dans lequel se produit aujourd'hui le phénomène social appelé État qui consiste essentiellement, comme on le montrera plus loin, dans cette différenciation des gouvernants et des gouvernés.

Il est impossible pour la nation et l'idée de patrie de donner une bibliographie complète. Voici cependant quelques écrits qu'on pourra lire utilement : Renan, *Qu'est-ce qu'une nation ?* dans *Discours et conférences,* p. 307; Deschanel, *Discours à la Chambre,* séance du 27 nov. 1905 ; Croiset, *L'idée de patrie, Revue politique et parlementaire,* janv. 1908, p. 5 ; A. Gavet, *L'idée de patrie, ibid.,* sept. 1905, p. 453; *Enquête du Mouvement socialiste,* nos 1er et 15 août, 1er et 15 oct. 1905 ; R. Poincaré, *L'idée de patrie,* conférence faite à la Ligue de l'Enseignement, le 16 mars 1910, *Le Petit Temps,* 17 mars 1910; Hauriou, *Droit public,* 2e édit,, 1915, p. 321 et s. ; *La souveraineté nationale,* 1912 ; Ém. Faguet, *L'idée de patrie,* 1903 ; Duguit, *Souveraineté et liberté,* conférences faites à l'Université Columbia, 1921, particulièrement 2e et 3e conférences; Bonnard, *La conception juridique de l'État, Revue du droit public,* 1922, p. 5 et s.; Krabbe, *Die moderne Staats-Idee,* 1919; Hans Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff,* 1922; Bernard Lavergne, *Le principe des nationalités,* 1922.

§ 3. — *Théories de la nation-personne et de la nation-organe.*

Bien qu'elle soit tout à fait sans valeur, on vient de le montrer, je dois cependant dire quelques mots de la conception de la nation-personne à cause de la place qu'elle occupe dans l'histoire du droit public français.

Dans cette conception, l'État français est la corporation nationale, en tant qu'elle est investie de la souveraineté. La nation est une personne distincte de l'État, comme elle est distincte des individus qui la composent ; elle est titulaire de la souveraineté originaire par cela seul qu'elle est la collectivité et qu'elle est la

volonté générale, supérieure comme telle aux volontés individuelles. Cette volonté générale est la volonté souveraine. La nation-personne possède la souveraineté originaire, une, indivisible et inaliénable.

Les textes qui consacrent ces principes sont : l'article 3 de la Déclaration de 1789 : « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément » ; l'article 1er du titre III, préambule de la constitution de 1791 : « La souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle appartient à la nation ; aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice » ; l'article 25 de la Déclaration des droits de 1793 : « La souveraineté réside dans le peuple ; elle est une et indivisible, imprescriptible et inaliénable » ; l'article 7 de la constitution de 1793 ; les articles 17 et 18 de la Déclaration des droits de l'an III ; l'article 2 de la constitution de l'an III ; les articles 1er et 18 de la constitution de 1848 ; la résolution du 17 février 1871 et le préambule de la loi du 31 août 1871. On a montré au tome I, pages 422 et suivantes, les grandes lignes de l'évolution historique de laquelle est sortie cette théorie.

La nation personnifiée est donc titulaire de la souveraineté dans sa substance. Elle ne peut point l'aliéner, parce qu'en le faisant, elle s'aliénerait elle-même. Mais peut-elle, en retenant la substance de la souveraineté, déléguer cette souveraineté à des gouvernants mandataires, qui l'exerceront par représentation ? Sur ce point, nos textes constitutionnels ne sont plus unanimes. La constitution de 1793, sans le dire expressément, avait écarté l'idée de la représentation ; ses auteurs, s'inspirant surtout de J.-J. Rousseau, étaient dominés par l'idée que la souveraineté ne peut pas plus être

représentée qu'elle ne peut être aliénée. A cause de cela, ils avaient fait une large part au gouvernement direct. Au contraire, la constitution de 1791 avait posé le principe de la représentation : « La nation, de qui seule émanent tous les pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation. La constitution française est représentative ; les représentants sont le corps législatif et le roi » (tit. III, préamb., art. 2). Le même principe a été adopté explicitement ou implicitement par les constitutions de l'an III, de 1848, la loi du 20 novembre 1873 sur le pouvoir exécutif (loi dite du *septennat*) et les lois constitutionnelles de 1875. Mais suivant les idées qui ont inspiré ces textes et qui sont encore dominantes dans la doctrine française, par la représentation la nation ne délègue que les prérogatives, les attributs de la souveraineté ; elle en conserve la substance.

Pour l'exposé de cette conception de la souveraineté nationale, lire surtout Esmein, *Droit constitutionnel,* 8e édit., 1921, revue par Nézard, I, p. 274 et s.

Théorie de la nation-organe. — A cette conception de la nation-personne, certains publicistes opposent une théorie que l'on peut appeler théorie de la nation-organe.

Elle est exposée surtout par Jellinek, *Allgemeine Staatslehre,* 2e édit., 1905, p. 409 et p. 566. Rapp. Saripolos, *La démocratie et l'élection proportionnelle,* 1899, II, p. 67 et s.; Orlando, *Revue du droit public,* 1891, I, p. 1 ; Gierke, *Genossenschaftstheorie,* 1887, p. 689, et *Jahrbücher* de Schmoller, 1883, p. 1882.

Les auteurs précités partent de l'idée que considérer la nation comme une personne titulaire de la souveraineté primaire, c'est créer une *dualité* dans l'État et c'est ruiner toute théorie juridique de l'État. Dès lors, ils affirment que l'État seul est titulaire de la souveraineté, que l'État est une collectivité corporative territoriale investie d'un droit de puissance, que le peuple, coordonné à l'effet de former un élément constitutif de

l'État, sujet de droit, n'a point un droit distinct de celui de l'État et antérieur à lui, que l'État seul est sujet du droit de puissance, et que c'est une erreur de parler, comme le font les auteurs français, de la souveraineté originaire de la nation.

On ajoute que si la nation n'est pas un sujet de droit distinct de l'État, elle est un organe de l'État. Cf. *infra*, § 35, la théorie de l'organe juridique. Dans les pays démocratiques comme la France, la nation est organe direct primaire, en ce sens qu'elle prend sa qualité d'organe directement dans la constitution même de la collectivité, et qu'il n'y a personne dans l'État à qui elle soit subordonnée en sa qualité d'organe. Elle est organe suprême parce que réside en elle l'activité même de l'État et que, la nation disparaissant comme organe, l'État lui-même disparaîtrait ou subirait une transformation radicale. C'est ainsi qu'on peut dire que la nation, conçue comme organe, est un élément constitutif de l'État.

Mais si la nation est simplement un organe de l'État, il faut lui appliquer la théorie de l'organe. L'organe ne fait qu'un avec la collectivité dont il est l'organe ; la nation ne fait qu'un avec l'État dont elle est l'organe ; la nation n'est donc point une personne distincte de l'État ; elle est un instrument de vouloir et d'agir de l'État ; elle exerce des droits de puissance dont le seul titulaire est l'État. La nation, simple organe de l'État, n'a d'autre compétence que celle que lui attribue la constitution, et cette compétence varie suivant les pays. Tantôt la nation est organe pour décider, ayant même quelquefois, comme en Suisse, un droit d'initiative ; tantôt elle est organe pour sanctionner, par exemple dans les pays qui pratiquent le referendum populaire ; le plus souvent dans les pays modernes, comme en France, elle est seulement organe pour élire ; les

organes qu'elle institue prennent alors le nom, inexact d'ailleurs, d'organes représentatifs. Cf. *infra*, §§ 39 et 40, la théorie de la représentation.

Cette théorie de la nation-organe n'est qu'une application de la théorie très ingénieuse de l'organe juridique ; mais elle se heurte à de graves objections. D'abord, elle contient en elle-même une contradiction. D'une part, on affirme que la nation comme telle est le substratum de l'État ; d'autre part, on dit qu'elle est organe de l'État ; mais pour cela il faut qu'elle ait elle-même des organes, car comme telle elle est incapable de vouloir et d'agir. Dès lors, apparaissent en quelque sorte deux nations : la nation comme telle élément constitutif de l'État, et la nation munie d'organes, organe elle-même de l'État. D'autre part, la théorie de la nation-organe aboutit, en réalité, à la personnification de la nation. Un individu comme tel peut être organe d'une corporation ; mais une collectivité ne peut être organe d'une corporation qu'à la condition qu'elle soit une personne collective elle-même organisée. Par conséquent, la nation ne peut être organe de l'État qu'à la condition qu'elle soit une personne collective organisée, et nous voilà revenus à la personnification de la nation.

Pour l'adaptation française de la théorie de l'organe, cons. Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, 1re partie, 1906, p. 129 et s. et p. 147 ; Hauriou, *Principes de droit public*, 1910, p. 652 et s.

§ 4. — *De la différenciation des gouvernants et des gouvernés.*

Dans la nation se produit une différenciation entre les forts et les faibles et c'est ce fait même qui constitue l'État. On a montré au tome I, pages 499 et suivantes, les principales étapes qu'a suivies cette évolution. Il est inutile d'y revenir, sinon pour insister sur le caractère

complexe que revêt cette différenciation dans les pays modernes. Sans doute le phénomène est de nature identique à celui qui se produit dans une société primitive; mais il est évidemment beaucoup plus complexe. Les éléments historiques y jouent un rôle important. Et la plus grande force appartient souvent, dans ces mêmes pays, à des éléments divers qui paraissent parfois contradictoires et qui arrivent souvent à se pondérer réciproquement. Ainsi en parlant des plus forts, nous entendons dire ceux qui détiennent, d'une manière ou d'une autre, telles ou telles forces sociales, qui sont aussi des forces gouvernantes.

On peut ramener à quelques types généraux les formes sous lesquelles se présente dans les pays modernes civilisés la différenciation entre gouvernants et gouvernés.

Jusqu'en 1905, la Russie nous présentait un type très simple de différenciation politique. D'une part, un chef à la fois civil, militaire et religieux qui impose sa puissance à tous, surtout en raison du prestige religieux qu'il s'attribue et que la grande masse du peuple lui reconnaît. Lui seul est gouvernant; à lui seul il monopolise toute la force. Tous les autres sont gouvernés. On sait qu'en 1905 une force populaire s'est manifestée à la suite des défaites de Mandchourie, avec une intensité singulière, et qu'une part lui a été faite dans le gouvernement par la création d'une assemblée élue ou *Douma,* qui, dans une certaine mesure, vint contrebalancer la toute-puissance de l'empereur. La Russie a donc présenté jusqu'à ces vingt dernières années le type de la différenciation politique à monarchie absolue. Et ainsi se trouve définie de fait la monarchie simple : forme de gouvernement dans laquelle la différenciation s'est produite entre un seul qui détient toute la puissance et tous les autres qui sont tous des gouvernés.

On sait comment, au mois de mars 1917, une révolution provoquée par la vénalité de la haute administration, rendue possible par la faiblesse de l'empereur, hâtée par les revers de la Russie dans la guerre avec l'Allemagne, a renversé la dynastie des Romanoffs. On put croire un moment qu'une république démocratique allait se constituer en Russie. Mais les populations russes ne sont encore ni assez unifiées, ni assez éduquées et les forces démocratiques qu'elles contiennent ne sont ni assez puissantes, ni assez disciplinées pour que la Russie puisse avoir un gouvernement à la fois national et démocratique.

Au mois de novembre 1917, une bande d'aventuriers se disant bolchevistes se sont, avec la protection de l'Allemagne, emparés du pouvoir, et depuis ils font peser sur le malheureux peuple russe, composé surtout d'intellectuels détraqués et de paysans ignares, voués à toutes les servitudes et incapables de se donner un gouvernement libre, la plus odieuse et la plus sanglante des tyrannies. Sous couleur de réaliser la vraie doctrine communiste, ils ont détruit le patrimoine même de la Russie, et, par eux, la famine, la misère et la mort règnent en maîtresses dans cet immense pays, réservoir inépuisable de richesses économiques. Comment ce régime néfaste disparaîtra-t-il, et quel est l'avenir politique et économique de la Russie? Nul actuellement ne saurait le dire. Il ne serait pas impossible qu'elle devînt terre de colonisation pour l'expansion allemande.

En Allemagne, la situation actuelle est bien trouble. Pendant longtemps, tous les États allemands ont été des monarchies absolues. Sous l'action de causes diverses ont apparu des éléments nouveaux auxquels il a bien fallu faire une place. En Prusse, une part importante de la puissance politique a toujours appartenu à la noblesse terrienne. Mais les éléments de force politique

qui se sont manifestés à côté de l'élément monarchique ont été surtout des éléments démocratiques. A la veille de la guerre, tous les États allemands, à l'exception de la Prusse, avaient adopté le suffrage universel; et dès 1871, le Reichstag était élu à ce mode de suffrage. La défaite de l'Allemagne a amené la chute de la monarchie impériale et de toutes les monarchies des États confédérés. La République a été partout proclamée et la constitution de Weimar du 11 août 1919 a organisé un Reich républicain. Mais on ne saurait contester que subsistent encore dans toutes les parties de l'Allemagne, au Nord comme au Sud, des forces monarchiques puissantes, qui se manifestent d'une manière très active et auxquelles il sera bien difficile de ne pas faire une place. Quel est l'avenir politique de l'Allemagne? Il serait imprudent de le prévoir. De ces deux forces démocratique et monarchique, actuellement en conflit, l'une détruira-t-elle l'autre ou se combineront-elles dans un gouvernement mixte? L'avenir nous l'apprendra.

En Angleterre, la différenciation entre gouvernants et gouvernés s'est faite d'une manière particulièrement complexe. Depuis le XIIIe siècle, trois éléments distincts se sont partagé la force gouvernante, la couronne, l'aristocratie et les communes, fondus dans cet organe par excellence de gouvernement qu'est le Parlement, lequel, dans le droit traditionnel anglais, comprend les trois éléments. La couronne anglaise possède encore une force considérable qu'elle doit à de nombreux éléments, à son passé historique et à ce qu'elle est aujourd'hui le facteur le plus puissant de l'unité du vaste empire britannique. La chambre des communes, élue depuis 1918 au suffrage universel, est certainement la force prépondérante. Mais elle est incontestablement balancée par la couronne et rencontre dans la chambre des lords représentant l'élément aristocratique une force

de résistance sans doute aujourd'hui très amoindrie, mais encore effective.

En Suède, en Norvège, en Danemark, en Belgique, en Espagne, en Italie, en Yougo-Slavie, l'organisme gouvernemental apparaît avec la même complication : un chef d'État héréditaire qui détient par lui-même une force, un parlement issu d'une élection plus ou moins large et dont l'autorité découle de la force gouvernante qu'il représente.

Finalement, dans beaucoup d'États de l'Europe, la différenciation entre gouvernants et gouvernés apparaît encore avec le même caractère complexe. Les éléments gouvernants sont au nombre de deux : un monarque héréditaire et un parlement élu à un suffrage qui est presque partout universel. Telle a été aussi en France la structure politique de 1814 à 1848. On peut lui donner le nom de monarchie limitée, préférable aux expressions de monarchie constitutionnelle et de monarchie parlementaire, la première prêtant à confusion, et la seconde expression désignant une forme particulière de gouvernement qui sera expliquée plus tard. On a appelé aussi ces gouvernements, composés d'un monarque et d'un parlement, gouvernements *mixtes,* nom qui s'explique aisément, puisque les forces gouvernantes sont en effet un composé d'éléments monarchiques, aristocratiques et démocratiques.

Ce gouvernement mixte, qui est cependant encore si répandu, est, d'après les théoriciens de la souveraineté nationale, une contradiction en soi et absolument inexplicable. Esmein écrit : « Toute conciliation tentée entre la souveraineté nationale et la monarchie renferme le vice suivant. La souveraineté du peuple n'implique pas seulement que tous les pouvoirs émanent de la nation, mais encore que tous ceux qui ont reçu l'exercice de ces pouvoirs soient responsables de l'usage qu'ils en font »,

et par conséquent n'en soient investis que pour un temps limité. « Cela, dit-il, exclut même la monarchie élective... et montre également l'incompatibilité logique de la souveraineté nationale et de l'aristocratie. » Esmein critique même la conciliation tentée dans certaines constitutions, par exemple la constitution française de 1791 et la constitution belge de 1830, « conciliation fondée sur cette idée qu'était confié au roi simplement *l'exercice* de certains attributs de la souveraineté, non la *propriété* de ces attributs qui restait toujours à la nation » (*Droit constitutionnel,* 7e édit., 1921, I, p. 301 et s.).

Cela ne condamne-t-il pas cette théorie de la souveraineté nationale? Qu'est-ce que peut valoir une théorie qui est impuissante à rendre compte de la forme du gouvernement dans de grands pays modernes? Une construction juridique n'a de valeur que si elle est la synthèse des faits ; et les faits qui servent de support à la monarchie limitée sont relativement simples. Là où elle s'établit elle répond à une situation dans laquelle ce n'est plus un seul élément social qui possède toute la puissance politique, mais divers éléments sociaux d'ordres différents qui se pénètrent et se balancent réciproquement. Il y a coparticipation à la force politique d'un individu qui possède par son prestige personnel une force propre, et d'un groupe d'hommes plus ou moins étendu qui a une puissance politique parce qu'il possède une puissance économique ou numérique. Partout la monarchie limitée, le gouvernement mixte, est né d'une collaboration, d'une solidarité sociale, se formant par l'effet naturel des circonstances entre un individu et une classe, un groupe d'individus auxquels l'hérédité, les croyances religieuses, les services rendus, la propriété et la puissance économique qui s'y rattache ou le nombre assurent une force particulière.

L'institution de la monarchie limitée est l'organisation juridique de ces forces collaborantes. C'est le rôle de l'art politique d'organiser le mieux possible cette répartition des pouvoirs du gouvernant, le roi, et de l'autre gouvernant, le groupe. Il n'y a point à tenter la conciliation de deux prétendus principes, aussi vides l'un que l'autre, la souveraineté nationale et la souveraineté monarchique, mais à régler les rapports réels de volontés individuelles concrètes, la volonté du monarque et la volonté des individus formant le groupe plus ou moins étendu détenant en fait une force gouvernante. Ainsi toutes les controverses sur les gouvernements mixtes, sur la prétendue contradiction de la forme monarchique et de la souveraineté nationale, deviennent sans objet.

Comment apparaît particulièrement en France, aujourd'hui, la distinction des gouvernants et des gouvernés? On a déjà, au tome I, pages 499 et suivantes, indiqué à grands traits la forme de la différenciation politique au XIXe siècle. Jusqu'en 1848, l'élément monarchique paraît avoir conservé une force réelle à côté de la force politique prépondérante détenue par la classe bourgeoise, et cela rend raison de la monarchie limitée qui a été le gouvernement de la France de 1814 à 1848. Avec l'ébranlement de 1848, la monarchie, en tant que force sociale, paraît avoir disparu sans retour. Non seulement la masse ne croit plus à la puissance politique du représentant de la monarchie traditionnelle, mais elle paraît au contraire la redouter.

Avant la guerre, une école qui menait un certain bruit et qui comptait quelques esprits distingués soutenait que l'élément monarchique était le seul qui eût une force réelle dans le pays, parce que, disait-elle, c'est lui qui a fait la France et qu'ainsi notre pays ne peut avoir son équilibre politique et se trouver dans les

conditions de son développement que par la restauration de la monarchie traditionnelle. L'école concluait que si le roi n'est pas sur le trône, cela tient à des causes artificielles et contingentes et que si, par un coup de main audacieux, une minorité chassait les détenteurs du pouvoir et rétablissait la monarchie, celle-ci serait assurée d'un long avenir et replacerait naturellement la France dans la continuation de son développement historique à l'intérieur et à l'extérieur. M. Charles Maurras était le plus brillant protagoniste de ces idées. Cf. *Enquête sur la monarchie,* 2e édition 1919, et la collection de l'*Action française,* dans laquelle M. Maurras a écrit d'innombrables articles, répétant, en une forme toujours nouvelle, la même idée.

J'écrivais, en 1911, qu'il n'y avait là qu'une théorie, rien qu'une théorie, qu'aucun fait ne justifiait. Les événements sont venus confirmer d'une manière éclatante mon appréciation de 1911. La France, par la République et avec la République, a réalisé la plus grande et la plus pure victoire de son histoire. La France républicaine a été le point central de l'alliance des peuples libres qui a réduit à néant les prétentions de l'Allemagne à l'hégémonie du monde. La France républicaine a refait son unité territoriale, et sous l'impulsion de son gouvernement, elle accomplit maintenant le plus admirable effort pour réparer les ruines dont la guerre a couvert une partie de son sol. Après ces événements, il est d'une vérité éclatante que la France s'est définitivement incarnée dans la forme républicaine et que s'il pouvait y avoir, avant 1914, quelques courants d'opinion monarchique, ils ont aujourd'hui complètement disparu. La conscience française ne sépare plus de la forme républicaine le pays victorieux, marchant à la tête des nations civilisées, malgré les difficultés toujours nouvelles, à un avenir de

paix et de justice. Les quelques individualités qui veulent entretenir une agitation royaliste, comme celles qui prêchent la guerre des classes et le bolchevisme, se placent vraiment en dehors de la conscience française; leur action est sans force et sans portée.

En quels éléments résident donc aujourd'hui dans notre pays les forces gouvernantes? La réponse courante est : dans le suffrage universel. La réponse est vraie; elle demande cependant à être précisée. Assurément, il semble que toute la force gouvernante se trouve concentrée en France, depuis 1848, dans la majorité numérique du corps électoral, c'est-à-dire dans la majorité numérique des individus mâles et majeurs, membres de la nation. Théoriquement, cela est exact; pratiquement, cela ne l'est pas.

D'une part, pour des raisons que nous n'avons pas actuellement à rechercher, beaucoup de membres du corps électoral se désintéressent des affaires politiques et ne prennent pas part aux élections, de sorte qu'en fait la majorité des votants n'est point la majorité du corps électoral. Le corps électoral français comprend en chiffres ronds 11 millions d'électeurs. Après les élections de mai 1902, le nombre total des voix accordées aux députés siégeant à la chambre s'élevait à 5.159.000. Donc, la chambre des députés, organe prépondérant du gouvernement français, est issue en réalité de la minorité du corps électoral. Aux élections de mai 1906, les chiffres étaient encore plus significatifs : il y a eu 5.209.000 voix représentées et 6.383.000 voix qui ne l'étaient pas. A la chambre élue aux mois d'avril-mai 1910, il y a eu seulement 5.300.000 suffrages représentés, et ainsi 55 p. 100 des électeurs français n'avaient pas de représentants à la chambre. Aux élections de 1914, les proportions étaient à peu près les mêmes. Aux élections de 1919, malgré la part faite à la représenta-

tion proportionnelle et la solennité des circonstances, les choses n'ont pas été sensiblement différentes.

On peut ajouter qu'en fait la puissance gouvernante appartenant pendant quatre ans à la majorité de la chambre, c'est-à-dire à la majorité des représentants de la minorité du corps électoral, elle appartient à un groupe d'individus qui sont une toute petite minorité dans le pays. Mais il est vrai que cette minorité ne peut imposer sa volonté au pays que parce qu'on croit communément qu'elle représente la majorité du corps électoral. De sorte que, finalement, la puissance politique repose certainement en France sur la croyance à la prépondérance de la majorité du corps électoral, ce qui, je le reconnais volontiers, revient, au moins théoriquement, à dire que la force politique appartient à la majorité numérique du corps électoral.

Beaucoup d'éléments interviennent qui empêchent cette majorité numérique de se manifester pleinement, et l'on ne saurait méconnaître que la puissance économique des classes possédantes est un contrepoids aux manifestations libres et spontanées de la majorité numérique, et qu'il se forme une sorte de pondération entre le nombre et la fortune qui, finalement, assure la prépondérance à ce qu'on peut appeler l'élément petit bourgeois, qui apparaît d'une manière très nette dans la composition de nos deux chambres. Je ne suis pas sûr d'ailleurs que cet élément petit bourgeois ne représente pas en même temps la majorité numérique du corps électoral, si l'on fait rentrer dans cet élément tous ceux qui à la fois travaillent et possèdent une part plus ou moins grande de capital. C'est cet élément qui semble bien s'être manifesté dans les circonstances de notre époque contemporaine où le suffrage universel paraît s'être exprimé le plus librement : en 1848, pour l'élection de la Constituante; en 1871, pour l'élection de

l'Assemblée nationale, dans plusieurs départements, notamment à Paris en 1888-1889, au moment du mouvement boulangiste, et enfin en 1919, après la grande guerre.

Quoi qu'il en soit de ces considérations, l'on peut dire en bref que l'élément de force gouvernante est aujourd'hui en France la majorité numérique du corps électoral. Mais est-ce le seul? Non point. A côté de lui est en train de s'élaborer un autre élément qui chaque jour prend une place plus grande et qui, dans un avenir très prochain, acquerra forcément un organe propre de représentation. Ce sont les groupements professionnels, dont la constitution est le produit du mouvement syndicaliste, dont il a été déjà parlé au tome I, pages 509 et suivantes, et au présent volume, paragraphe 3, et que nous avons défini : le mouvement par lequel toutes les différentes classes sociales tendent à s'organiser et à se donner une structure juridique définie pour la défense de leurs intérêts de classe et pour la conciliation, par des contrats collectifs librement consentis, des intérêts divergents.

Ainsi deux forces gouvernantes apparaissent actuellement en France : la majorité numérique des individus et les syndicats professionnels. On verra plus loin que le défaut de notre constitution, c'est précisément qu'elle n'a pas su donner une représentation adéquate à ces deux forces gouvernantes. Mais les faits seront plus forts que les hommes, et, dans un avenir qui ne saurait être éloigné, s'organisera certainement une représentation professionnelle des intérêts ou représentation syndicale.

En résumé, sans qu'on puisse s'étendre davantage sur ces diverses considérations, la différenciation politique entre gouvernants et gouvernés se présente de nos jours sous trois formes générales. La première et

la plus simple, la monarchie absolue, où la force gouvernante se trouve tout entière concentrée entre les mains d'un homme. La Russie en offrait le type moderne jusqu'en 1905. La forme diamétralement opposée, la république, où la force gouvernante réside dans des groupes plus ou moins étendus et, si l'on prend la France pour exemple, la république dans laquelle la force gouvernante réside dans la majorité numérique des citoyens et dans les groupements professionnels. Enfin, la forme mixte, où la puissance gouvernante est partagée entre un individu et des groupes plus ou moins étendus, démocratiques ou aristocratiques; l'Angleterre nous offre un exemplaire parfait de cette combinaison.

§ 5. — *La volonté des gouvernants.*

Quelle que soit la forme que revête la différenciation politique, il reste ce fait qu'un individu ou plusieurs individus possèdent dans une nation donnée la force gouvernante. Nous appellerons ces individus les gouvernants. Qu'ils soient un ou plusieurs, peu importe. Les anciens auteurs employaient l'expression : le prince, pour les désigner. L'expression était commode; elle pourrait aujourd'hui prêter à confusion. Il importe de considérer cette volonté des gouvernants en elle-même, abstraction faite de la manière dont elle se répartit entre eux s'ils sont plusieurs, et aussi abstraction faite de la manière dont elle s'exprime.

Le point essentiel à noter, c'est que cette volonté est la volonté d'individus humains, tout comme la volonté des gouvernés, et que, par conséquent, la volonté des gouvernants n'est pas une volonté d'une nature différente de la volonté des gouvernés. Dans la doctrine de la souveraineté nationale, les gouvernants sont les

représentants ou les organes de la volonté de la collectivité ; cette volonté étant une volonté collective est, parce qu'elle est une volonté collective, déclarée supérieure aux volontés individuelles. Et alors les gouvernants agissant au nom de la souveraineté nationale exercent la puissance publique. L'État-personne est titulaire de la souveraineté comme droit subjectif et les gouvernants exercent cette souveraineté. La volonté des gouvernants est la puissance publique.

Mais on a vu au tome I, pages 422 et suivantes, et aux paragraphes 2 et 3 du présent volume que cette volonté de la collectivité est une hypothèse, et de plus une hypothèse insoutenable parce qu'elle implique cette affirmation scientifiquement indéfendable que la somme des volontés individuelles devient une volonté collective, une, distincte des volontés individuelles composantes. Si donc il n'y a pas, il ne peut pas y avoir de personne collective, dont les gouvernants seraient les représentants ou les organes, il reste seulement la volonté individuelle des gouvernants. Il n'y a pas autre chose que cela. Quand, dans un pays, un parlement, un chef d'État expriment leur volonté, on ne doit pas dire, on ne peut pas dire qu'ils expriment la volonté de l'État, qui n'est qu'une abstraction ; pas davantage qu'ils expriment la volonté de la nation, qui est une fiction ; ils expriment leur propre volonté. Voilà le fait, voilà la réalité. Les lois, les décrets sont l'expression de la volonté des députés qui les ont votés, du président de la République qui les a promulgués. Les actes administratifs ou judiciaires sont l'expression de la volonté individuelle des administrateurs ou des juges qui les ont faits.

Cela étant bien compris, on voit que la notion de puissance publique disparaît. On verra plus loin les distinctions que font certains auteurs entre la souverai-

neté et la puissance publique. Mais, en réalité, ces distinctions n'ont qu'une importance secondaire, et les deux expressions peuvent être prises comme synonymes. L'une et l'autre ne peuvent désigner que le droit appartenant à une personne de donner des ordres à une autre personne. Le mot *imperium*, qui dans la terminologie romaine avait un sens précis, dans son acception traditionnelle exprime bien ce pouvoir de commandement. L'ordre implique l'existence d'une volonté qui s'impose comme telle à une autre volonté. Par conséquent, dire d'une personne qu'elle a la puissance publique, c'est dire qu'elle peut formuler des ordres s'imposant à d'autres personnes, et que, par conséquent, elle a une volonté qui en soi est d'une qualité supérieure à celle de ces autres personnes.

Puisque les gouvernants ne sont que des individus comme les autres, puisqu'ils ne sont ni les représentants ni les organes d'une personne collective qui n'existe pas, ils ne peuvent pas formuler des ordres ; ils n'ont pas la puissance publique. La puissance publique est une fiction. C'est une notion sans valeur et qu'il faut bannir de toute construction positive du droit public. Cette négation, on vient de le voir, est la conséquence de la négation même de la personnalité de la nation et de la volonté nationale. Il ne faut pas avoir peur des mots et il faut affirmer bien nettement que la puissance publique est une chose sans réalité, que ce mot n'est employé par les gens qui détiennent le pouvoir que comme un moyen commode d'imposer ce pouvoir en faisant croire qu'il est un pouvoir de droit quand il n'est qu'un pouvoir de fait.

Berthélemy, qui comme moi nie la personnalité de l'Etat, maintient cependant fermement la notion de puissance publique et tout son enseignement du droit administratif repose sur la distinction de la gestion et

de la puissance publique. Il écrit : « L'État, envisagé comme puissance publique, ne doit pas être considéré comme une personne. Les actes d'*autorité* accomplis par les administrateurs n'impliquent pas l'existence d'une personne juridique au nom de laquelle ils sont faits... Les actes de gestion sont faits par les fonctionnaires *représentants juridiques de l'État-personne;* les actes d'autorité sont accomplis par les fonctionnaires *détenteurs de la puissance publique.* » (*Droit administratif,* 5e édit., 1908, p. 44 et 45; 6e édit., 1910, p. 41; 9e édit., 1921, p. 44 et 46).

Cela me paraît contradictoire. Si Berthélemy nie la personnalité de l'État, je ne comprends pas comment il reconnaît certains fonctionnaires comme détenteurs de la puissance publique. Car ces fonctionnaires n'ont qu'une volonté individuelle et cette volonté individuelle ne peut être une volonté de puissance. Les fonctionnaires ne peuvent avoir une puissance que s'ils sont les agents d'une personne collective supérieure; or, Berthélemy nie, et il a raison, l'existence de cette personne. Cette puissance, dira-t-il, est donnée à certains fonctionnaires par la loi. Mais la loi ne peut donner la puissance que si elle-même émane du détenteur de la puissance. La loi émane du parlement; et le parlement ne détient aucune puissance de commandement, s'il n'est pas l'organe de la volonté collective de l'État; et Berthélemy nie très justement qu'il le soit. Quoi qu'on fasse, il y a une contradiction absolue à nier l'existence de la personnalité collective de l'État et à admettre en même temps l'existence de la puissance publique, dont seraient investis les gouvernants et certains de leurs agents.

Au reste, en niant la puissance publique, je ne professe point une doctrine anarchiste. Il importe de le bien comprendre et d'écarter les critiques qui m'ont

été faites et pourraient encore m'être faites à cet égard. Hauriou (*Droit public*, 1re édit., 1910, p. 79) m'appelle « anarchiste de la chaire ». Une doctrine anarchiste est toute doctrine qui dit que dans la société il ne doit pas y avoir de gouvernement, qu'il ne doit pas y avoir de distinction entre gouvernants et gouvernés, mais seulement des individus ou des groupes égaux et développant librement leur activité propre. Telles sont, par exemple, les théories de Max Stirner, de Bakounine. Or, une pareille doctrine repose sur une conception *a priori ;* elle est aussi extra-scientifique que la doctrine de la souveraineté nationale et de la puissance publique. Je reviens toujours à cette affirmation qui est la constatation d'un simple fait : l'existence des gouvernements est la conséquence de la différenciation qui se produit naturellement dans toute société entre les forts et les faibles. Nier ce fait, c'est nier l'évidence : toute doctrine anarchiste proprement dite va contre l'évidence des faits.

La puissance gouvernante existe donc, et ne peut pas ne pas exister. Seulement, je nie qu'elle soit un droit. J'affirme que ceux qui détiennent cette puissance détiennent une puissance de fait et non pas une puissance de droit. En disant qu'ils n'ont pas la puissance publique, je veux dire qu'ils n'ont pas le droit de formuler des ordres et que les manifestations de leur volonté ne s'imposent pas comme telles aux gouvernés.

Ce qui résulte de là, c'est que les déclarations de volonté des gouvernants n'ont de valeur que dans la mesure où elles sont conformes à la règle de droit, dont j'ai tenté au tome I de déterminer le fondement, et qui s'impose à tous les membres d'une même société, parce qu'elle est comme l'armature de cette société ; cette idée sera développée au chapitre suivant. Dès à présent, je dis que dans ma conception la loi n'a point le

caractère d'un ordre donné par le parlement et s'imposant parce que c'est le parlement qui la formule. Les 900 individus qui composent le parlement ne peuvent point me donner d'ordre ; la loi ne s'imposera à l'obéissance des citoyens que si elle est l'expression ou la mise en œuvre d'une règle de droit ; et le devoir des gouvernants est d'organiser le corps législatif de manière que soient réunies toutes les garanties possibles qu'il ne sorte pas de cette mission. La décision juridictionnelle n'a de valeur que dans la mesure où elle sera conforme au droit, soit qu'elle fasse application d'une règle de droit, soit qu'elle constate l'existence d'une situation juridique subjective. L'acte administratif enfin ne sera point revêtu d'un caractère propre parce qu'il émane des gouvernants et de leurs agents ; l'acte administratif n'aura d'effet que si les conditions normales et générales de tout acte juridique sont réunies (cf. t. I, chap. III) ; ainsi disparaît le caractère régalien de l'administration.

Et c'est là une conception purement objective du droit public. Les déclarations de volonté des gouvernants ne sont plus l'exercice d'un droit dont une personne souveraine serait titulaire : ni cette personne, ni ce droit n'existent. Les déclarations de volonté des gouvernants ont une valeur sociale dans la mesure où elles sont conformes à la règle sociale, *au droit objectif*, et seulement dans cette mesure.

Vous détruisez, s'écrie-t-on, le principe d'autorité ; et c'est là une œuvre antisociale. Le reproche n'est pas fondé. Je ne détruis rien ; je constate seulement le néant d'un prétendu principe vide de sens et de contenu, et j'affirme énergiquement le devoir impérieux des gouvernants d'agir socialement et le devoir non moins impérieux des gouvernés de leur obéir s'ils agissent ainsi ; et voilà le principe qui, au point de vue social, est seul vraiment fécond.

Au reste, tous les développements qui vont suivre se rattacheront à la disparition de la notion de puissance publique. On parle, à l'heure actuelle, de la transformation du droit public; on a raison. Cette transformation est rapide et profonde; il faudrait être aveugle pour ne pas l'apercevoir; et cette transformation se rattache tout entière à la disparition de la notion de puissance publique. Cette transformation elle apparaît d'une manière particulièrement caractéristique dans l'organisation des services publics, dans les rapports des gouvernants et des agents préposés à la gestion des services publics, et surtout dans la responsabilité de plus en plus grande de l'État, reconnue par une jurisprudence constante à propos du fonctionnement de tous les services publics.

On verra plus loin (§ 9) les critiques très vives adressées à ma doctrine par certains auteurs et notamment par Esmein, Michoud et Hauriou. J'essaierai d'y répondre. Mais j'ai le plaisir de constater que malgré ces critiques mes doctrines gagnent du terrain. Jèze a fait toute une construction du droit administratif inspirée par ma conception (Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*). Hauriou a donné à ma doctrine une demi-adhésion qui m'est précieuse. Il écrit à la page IX de la préface de la sixième édition du *Précis de droit administratif*, 1907 : « Ainsi le moment est venu d'envisager l'État, non plus comme une souveraineté, non plus comme une loi, mais comme une institution ou un ensemble d'institutions ou plus exactement encore comme l'*institution des institutions;* et, bien entendu, nous n'irons pas dire : Il n'y a plus de souveraineté, ou bien il n'y a plus de loi, ou encore, la souveraineté ou la loi ne sont plus des éléments essentiels de l'État; nous tenons toujours la souveraineté ou la loi pour des éléments essentiels de l'État, mais ils ne sont plus au premier rang et

ne jouent plus le premier rôle dans la combinaison pratique des forces. » Et toute la théorie de l'institution élaborée par Hauriou n'est-elle pas un effort pour substituer à la théorie traditionnelle de l'État-personne titulaire du droit subjectif de puissance publique une théorie fondée sur une conception essentiellement objectiviste? Il parle, à la page XIV de la préface, du dualisme de l'*individualité objective* et de la *personnalité subjective*; et il donne certainement la prééminence à l'individualité objective. Il revient longuement sur cette distinction dans sa dixième édition, pages 86 et suivantes. Il définit l'institution « une organisation sociale, établie en relation avec l'ordre général des choses, dont la permanence est assurée par un équilibre de forces ou par une séparation de pouvoirs, et qui constitue par là même un état de droit » (p. 8). Cet ordre général des choses, quoique Hauriou s'en défende (p. 9, note 1), se rapproche bien de la solidarité et de la règle de droit telles que je les conçois; et l'état de droit dont il parle se rapproche bien de ce que j'appelle la situation juridique objective. Enfin, dans une note remarquable publiée dans *Sirey*, 1909, III, page 97, sous conseil d'État, 16 juillet 1909 (*Ville de Paris, Compagnie d'Orléans*), Hauriou déclare qu'il y a beaucoup de vrai dans l'effort fait « pour soustraire le droit public aux théories du droit civil et pour le fonder tout entier sur des notions objectives ».

Dans son livre, *Principes de droit public*, 1910, Hauriou reprend et développe les mêmes idées. Sa conception de l'ordre général et de la séparation des fonctions se rapproche beaucoup de la doctrine de la solidarité par division du travail; et dans sa théorie de l'État, il met au second plan assurément la conception traditionnelle de la souveraineté et de la personnalité. Sans doute, à la page 99, Hauriou dit que la person-

nalité de l'État est un fait. Mais à la page 100 il écrit que « la donnée de la personnalité juridique de l'État est une construction logique de la pensée humaine ». La personnalité de l'État n'est donc pas un fait réel, puisqu'elle n'est que le produit d'une construction logique de l'esprit humain. Et c'est bien comme cela que finalement Hauriou la comprend, puisque, à la même page 100, il écrit : « La portée pratique de cette personnification est limitée, c'est-à-dire que si en de certaines occasions il y a avantage à considérer l'État comme une personne, en d'autres occasions il y a avantage au contraire à l'envisager simplement comme l'ensemble des situations établies équilibrées avec un pouvoir de domination. » Si la personnalité de l'État était un fait, on ne pourrait pas à volonté tenir compte de ce fait ou l'écarter. Toute une partie des développements d'Hauriou est placée sous ce titre : « Le point de vue de la nation aménagée en régime d'État. » (p. 72 et s.). Ce point de vue ne se rapproche-t-il pas beaucoup de ce que j'appelle différenciation entre gouvernants et gouvernés? Cela l'amène à écrire à la page 114 : « Ainsi, à envisager les choses pratiquement, la personnalité de l'État n'est pas tout .. » ; à la page 115 : « Un regard jeté sur l'histoire montre que, dans les préoccupations des hommes, l'État apparaît rarement comme une personne juridique sujet des droits de domination et qu'au contraire il est envisagé comme un certain aménagement juridique de la nation. » N'est-ce pas une preuve que la seule réalité est l'aménagement de la nation en régime d'État, et que la personnalité de la nation et de l'État est un produit de la métaphysique creuse du XVIIIe siècle?

Enfin Hauriou écrit à la page 117 que la synthèse du droit constitutionnel qu'on a essayé de construire « en partant de l'idée de souveraineté de l'État considérée comme un attribut de la personne juridique et en

rattachant à la souveraineté l'organisation de tous les pouvoirs par la théorie de la délégation, est mal venue, grinçante et grimaçante ».

Cf. comme se rattachant à la conception réaliste de l'État, les auteurs suivants : Jèze, *Les principes généraux du droit administratif;* Maxime Leroy, particulièrement *La transformation de la puissance publique,* 1907; *La Loi,* 1908; Siotto Pintor, *I criterii direttivi d'una concezione realistica del diritto publico,* 1905; Gaudu, *Essai sur la légitimité des gouvernements dans ses rapports avec les gouvernements de fait,* thèse Paris, 1914; J.-Th. Rousseau, *Essai d'une théorie de la fonction et des fonctionnaires de fait,* thèse Paris, 1914; Gumplowicz, *Die sociologische Staatsidee,* 1905; J.-Wilford Garner, *Introduction to political science,* 1910; J.-M. Robertson, *The evolution of the States,* 1912; Jäger, *Erkenntniskritik und Staatswissenschaft,* dans *Jarhbuch für Gesetzgebung* de Schmoller, 1912, p. 1027 (3e cahier, p. 1); A. Bonucci, *Il fine dello Stato,* 1915; Krabhe, *Die Lehre der Rechtssouveränitat,* 1906; *Die moderne Staats-Idee,* 1919; Bruno Beyer, *Zur Frage der Entstehung der Staaten,* dans *Zeitschrift für die Gesammte Staatswissensschaft,* 1903, p. 1; Orlando, *Lo Stato e la realta,* dans *Revista del diritto publico,* 1911, I, p. 1; Musto, *La odierna evoluzione dello stato democratico,* 1911; Paul Louis, *Histoire du mouvement syndicaliste en France,* 1789-1910; *Le syndicalisme contre l'État; Le syndicalisme européen,* 1913; Pannunzio, *Syndicalisme et souveraineté, Mouvement socialiste,* juill.-août 1913, p. 59; Guy Grand, *Le procès de la démocratie,* 1912; Hans Kelsen, *Der sociologische und der juristische Staatsbegriff,* 1922; Bonnard, *La conception juridique de l'État, Revue du droit public,* 1922, p. 5 (tirage à part).

§ 6. — *La force matérielle des gouvernants.*

Les gouvernants par définition monopolisent la plus grande force dans une nation. Cette plus grande force peut être morale ou simplement matérielle. Elle est morale quand les gouvernants sont les plus forts, parce qu'on leur attribue certaines qualités d'ordre moral, parce qu'ils rendent certains services, parce qu'un prestige particulier s'attache à leur personne, parce qu'on fonde leur force gouvernante sur une croyance vraie ou

fausse, mais générale et sincère, comme pendant longtemps la croyance à une mission surnaturelle donnée d'en haut aux rois de la terre, ou comme naguère encore la croyance au mythe de la souveraineté nationale.

Mais les gouvernants ne sont vraiment gouvernants que lorsqu'ils peuvent, en fait, mettre en mouvement une force matérielle, une puissance de contrainte. Je l'ai déjà dit et je le répète : la différenciation entre gouvernants et gouvernés n'est pas seulement une division entre les faibles et les forts matériellement; elle est beaucoup plus complexe et peut affecter des formes très diverses. Mais il n'y a vraiment de gouvernants que lorsqu'en fait un individu ou un groupe d'individus peut mettre en mouvement une puissance de contrainte. La possibilité de cette mise en mouvement peut avoir pour cause le caractère moral attribué aux gouvernants. Peu importe; il n'y a pas d'État, il n'y a pas de gouvernants, si une puissance de contrainte ne leur appartient pas en fait.

C'est la différence de fait existant entre la volonté des gouvernés et la volonté des gouvernants. La volonté des gouvernants est de même nature et de même qualité que la volonté des gouvernés; elle n'a pas une force intrinsèque supérieure. Mais elle dispose d'une force matérielle, d'une puissance de contrainte qu'elle peut mettre directement en mouvement pour assurer la réalisation de ses manifestations.

On voit la différence qui existe entre la puissance de contrainte dont je parle maintenant et la puissance commandante qui dans la doctrine traditionnelle appartiendrait à l'État. Dans cette doctrine, la puissance commandante de l'État est un certain pouvoir juridique de la volonté de l'État. La puissance de contrainte est un certain pouvoir de fait appartenant aux gouvernants.

Cette distinction n'a pas toujours été très nettement faite. Cer-

tains auteurs, particulièrement les auteurs allemands, enseignent que le seul élément caractéristique de la puissance de l'État, c'est le pouvoir de contrainte. Baliki a écrit (1896) un livre dont le titre, *De l'État comme organisation coercitive de la société,* montre bien que dans la pensée de l'auteur c'est ce pouvoir de contrainte irrésistible qui caractérise l'État. Laband paraît bien enseigner que l'élément caractéristique de la puissance étatique, c'est ce pouvoir d'exercer une contrainte matérielle sur les individus se trouvant sur le territoire. Il oppose à l'État les communes, les diverses collectivités qui n'ont pas le caractère d'État, qui ont un pouvoir de commandement sur leurs membres, mais qui n'ont pas le pouvoir de contraindre, ce pouvoir appartenant seulement à l'État (Laband, *Droit public,* édition française, I, p. 64).

Ihering a mis l'idée en relief dans un passage intéressant : « Toutes les autres conditions de l'État se ramènent à la condition de force « *Macht* ». Avant que cette condition ne soit remplie, toutes les autres conditions sont anticipées ; car, pour les remplir, l'État doit exister, et il n'existe que lorsque la question de force « *Macht* » est résolue. L'absence de force est le péché mortel de l'État pour lequel il n'y a aucune absolution, celui que la société ni ne pardonne ni ne supporte. Un État sans force est une contradiction en soi. Les peuples ont supporté les plus mauvais usages du pouvoir étatique, le fouet d'Attila, la folie des Césars romains... Cependant l'état de délire, le despotisme, reste une forme étatique, un mécanisme du pouvoir social. Mais l'anarchie, c'est-à-dire l'absence de force étatique, n'est pas une forme d'État, et quiconque y met fin par un moyen quelconque..., l'usurpateur national ou le conquérant étranger, rend un service à la société ; il est un sauveur ou un bienfaiteur, car la forme la plus insupportable d'État est toujours meilleure que l'absence d'État. » (Ihering, *Der Zweck im Rechte,* I, p. 245).

Cf. L. Mayer, *Ueber den Begriff des Verwaltungszwangsverfahrens und die Zwangsmittel der Polizei, Archiv des öffentlichen Rechts,* XXXII, 1914, p. 15 et s. Treitschke, dans son livre célèbre, *Die Politique*, et dont l'influence sur la mentalité de l'Allemagne a été, on le sait, considérable, n'a pas dit autre chose. Sa phrase retentissante : *Der Staat ist Macht,* est inspirée directement de Ihering. Sur la doctrine politique de Treitschke, lire la remarquable brochure de Durkheim, *L'Allemagne au-dessus de tout,* 1915.

Quelle que soit l'opinion qu'on admette sur la notion de l'État, on ne peut nier qu'il est indispensable, pour qu'il y ait un État, qu'il existe une force contraignante,

matérielle, irrésistible. Mais dès à présent, il importe d'affirmer que cette force matérielle est limitée par le droit. Si le droit sans la force est impuissance et par conséquent n'est pas une puissance étatique, la force sans le droit est la barbarie.

D'autre part, il faut observer que si la force matérielle doit exister pour qu'il y ait une puissance politique, cependant cette puissance matérielle serait bien précaire si elle existait toute seule. Pour avoir chance de durer, il faut qu'elle soit accompagnée d'une certaine force morale. La puissance publique sera d'autant mieux obéie qu'elle sera plus volontairement acceptée par les gouvernés. C'est la mission de l'art politique de trouver les procédés de gouvernement les plus propres à faire accepter volontairement par les sujets les commandements de l'autorité publique. On a beaucoup écrit sur ce délicat problème. Il suffit de citer la *Politique* d'Aristote, le *Prince* de Machiavel et l'*Esprit des lois* de Montesquieu, que les écrivains modernes n'ont pas dépassés. Le tout de l'art politique est d'adapter les formes et les procédés du gouvernement aux croyances religieuses et morales, aux besoins économiques du pays et de faire en sorte que les sujets soient profondément convaincus que les gouvernants gouvernent dans l'intérêt de tous et non pas dans leur intérêt personnel. Les théologiens scolastiques définissaient le tyran, le prince qui gouverne dans son intérêt et non dans l'intérêt de ses sujets. La définition est toujours vraie. Qu'on n'oublie pas que la tyrannie n'est pas incompatible avec la démocratie, que les élus du peuple sont aussi des tyrans s'ils gouvernent dans leur intérêt et dans celui de leurs électeurs, non dans l'intérêt de tous. Qu'on n'oublie pas que le gouvernement tyrannique, quelle que soit sa forme, ne possède point la force morale sans laquelle la force matérielle ne peut être que précaire.

L'emploi de la contrainte étatique ne constitue pas un acte juridique et ne fait pas naître une situation de droit. Par conséquent, il ne rentre pas dans l'une des fonctions juridiques de l'État. Lorsqu'un agent de la force publique arrête un individu, lorsqu'un escadron de dragons charge la foule pour déblayer une place publique et assurer la libre circulation, lorsqu'un geôlier incarcère un condamné, lorsque l'exécuteur des hautes œuvres tranche la tête d'un condamné à mort, l'acte qui est fait est un simple acte matériel, sans aucun caractère juridique.

Mais derrière l'acte de contrainte matérielle sans caractère juridique, il doit toujours y avoir un acte ayant ce caractère, acte administratif ou acte juridictionnel. L'État emploie la contrainte pour imposer à un sujet un acte ou une abstention, pour le forcer directement ou indirectement à faire ou à ne pas faire quelque chose. Mais il faut que l'acte ou l'abstention ait été au préalable déterminé par l'État et ait été déterminé individuellement. En réalité, la loi donne seulement le pouvoir à une certaine volonté de faire un acte imposant à une autre volonté une abstention ou une action. Quand cet acte individuel a été fait au nom de l'État ou qu'ayant été fait par un particulier, il a été reconnu par l'État-juge, la force matérielle intervient pour en assurer la réalisation. Mais l'intervention de cette force ne crée point une situation de droit nouvelle.

Qu'on ne croie pas cependant que l'acte de contrainte échappe à la prise du droit. Dans les pays qui sont parvenus, comme la plupart des pays modernes, à la notion de légalité, cet acte de contrainte ne peut être fait que dans les limites fixées par la loi. Seuls peuvent être employés les moyens de contrainte déterminés par la loi et seulement dans les conditions légales. D'autre

part, seuls les agents auxquels la loi a donné expressément compétence à cet effet peuvent procéder à l'emploi de la contrainte. Toute législation protectrice de l'individu doit minutieusement déterminer les modes et les conditions de l'emploi de la contrainte. C'est par là naturellement que la liberté individuelle se trouve le plus directement sous la dépendance de l'État.

Un acte de contrainte fait en violation de la loi ne peut évidemment être frappé de nullité puisque ce n'est pas un acte juridique. Mais il peut constituer, lorsqu'il est fait en violation de la loi, une infraction pénale. Le code pénal prévoit une série d'infractions de ce genre (cf. notamment art. 114 et s., 184 et s.). D'autre part, que l'acte de contrainte, fait contrairement à la loi, constitue ou non une infraction, il peut entraîner une responsabilité du fonctionnaire ; et cela est un cas de la théorie générale de la responsabilité des fonctionnaires dont il sera parlé plus tard (§ 72). A l'occasion d'un fait matériel de contrainte, il ne peut être parlé de détournement de pouvoir, l'expression devant être réservée pour le fait du fonctionnaire qui emploie sa compétence à faire un acte d'ordre juridique en vue d'un but autre que celui pour lequel la loi lui a donné cette compétence ; le détournement de pouvoir entraîne la nullité de l'acte. Mais dans un fait matériel de contrainte, il peut y avoir abus de pouvoir, c'est-à-dire emploi du pouvoir de contrainte en vue d'un but autre que celui que la loi avait en vue en donnant ce pouvoir. L'abus de pouvoir ne peut pas entraîner nullité d'un acte qui n'est pas un acte juridique, mais peut donner naissance à la responsabilité pécuniaire de l'agent envers la victime de l'abus de pouvoir. Enfin l'accomplissement illégal d'un acte de contrainte peut entraîner aussi la responsabilité de l'État. Cf. *infra*, chap. V.

§ 7. — *Le territoire.*

La différenciation entre les gouvernants et les gouvernés a pour milieu de formation la nation. Elle a pour limite un certain territoire. Et ainsi, tout de suite apparaît le rôle du territoire dans la constitution des États modernes : il est la limite matérielle de l'action effective des gouvernants. Il est cela, il est tout cela et il n'est que cela.

Le territoire n'est pas un élément indispensable à la formation de l'État. Je veux dire qu'on peut très bien concevoir qu'une différenciation politique se produise dans une société qui n'est pas fixée sur un territoire déterminé. Au sens général du mot, il y aura là cependant un État. Mais les sociétés civilisées modernes sont fixées sur des territoires déterminés, et l'action des gouvernants s'étend à un territoire déterminé. Sous l'empire des besoins pratiques, le droit international public a formulé des règles relatives à la séparation des territoires sur lesquels s'étend l'action des divers gouvernements.

Le territoire est ainsi la partie du globe sur laquelle tel gouvernement peut exercer sa puissance de contrainte, organiser et faire fonctionner les différents services publics. Aucun gouvernement étranger ne peut s'opposer au libre exercice de l'activité gouvernante sur ce territoire, et s'il le faisait, il violerait les règles du droit international ; c'est le principe de *non-intervention*. Avec cette notion très simple du territoire, tous les faits relatifs aux rapports internationaux s'expliquent facilement.

Je repousse par conséquent la théorie dite théorie du territoire *élément subjectif* de l'État, c'est-à-dire la théorie d'après laquelle le territoire serait un élément

de la personnalité même de l'État. La personnalité de l'État n'existant pas, le territoire ne peut être un élément de cette personnalité. D'autre part, la théorie qui considère le territoire comme un élément de la personne État aboutit à des conséquences qui sont complètement inacceptables et qui sont contraires aux rapports internationaux tels qu'ils existent en fait. Malgré des prodiges de subtilité, on n'arrive pas à les concilier.

La théorie du territoire élément subjectif de l'État a cependant aujourd'hui, dans la doctrine, un assez grand crédit, et il faut reconnaître qu'elle cadre bien avec certains textes de nos constitutions.

Le territoire est, dit-on, un élément constitutif de l'Etat personne juridique, titulaire de la puissance politique. En effet, la puissance politique est le pouvoir de donner des ordres *inconditionnés*. L'État possédant la puissance politique ainsi définie, celle-ci ne peut s'exercer qu'à la condition qu'un territoire soit exclusivement affecté à son exercice. Qu'on suppose, en effet, que deux puissances politiques prétendent s'imposer sur le même territoire. On peut toujours supposer des commandements contradictoires. Alors, ou bien l'une des puissances cède et accepte les ordres donnés par l'autre; elle cesse par là d'être une puissance étatique et il ne reste sur ce territoire qu'un seul État; ou bien les deux puissances se limitent, se conditionnent réciproquement, et alors l'une et l'autre cessent d'être puissances étatiques; il pourra y avoir sur le territoire deux corporations, deux corporations politiques même, mais ce ne seront pas des États.

Ainsi l'attribution exclusive d'un territoire à une collectivité est indispensable pour qu'elle soit un État, et cela parce qu'autrement elle ne pourrait avoir la puissance politique. En d'autres termes, l'*exclusivité* du territoire est la condition de la puissance politique.

Or, la puissance politique est la manifestation par excellence de la personnalité de l'État; donc l'*exclusivité* du territoire est la condition même de la personnalité de l'État. C'est en ce sens qu'on dit que le territoire est un élément subjectif de l'État, un élément constitutif de la personnalité juridique de l'État.

Cf. surtout Jellinek, *Allgemeine Staatslehre,* 2e édit., 1905, p. 385 et s., qui développe longuement la théorie du territoire élément subjectif de l'État. Rapp. Perassi, *Paese, territorio, Revista di diritto publico,* 1912, part. I, p. 146 et s.; Radnitzky, *Die rechtliche Natur des Staatsgebiete, Archiv des öffentliches Rechts,* 1905, p. 313.

Cette conception du territoire paraît avoir été celle des fondateurs du droit public français moderne. En effet, dans la constitution de 1791, on lit à l'article 2 de la section I du chapitre I du titre III : « Les représentants seront distribués entre les quatre-vingt-trois départements, selon les trois proportions du territoire, de la population et de la contribution directe. » Si l'assemblée décide que le territoire doit être représenté au même titre que la population, c'est que dans sa pensée le territoire a le même caractère que la population ; or celle-ci est évidemment un élément de la personnalité de l'État ; il en est donc de même du territoire. Pour ce qui est de la contribution directe, il ne faut pas oublier que la qualité de citoyen actif n'était conférée qu'à ceux qui payaient une certaine contribution directe ; il était donc très logique qu'elle fût une des bases de la représentation.

La plupart des conséquences qui résultent de la théorie d'après laquelle le territoire est un élément même de la personnalité de l'État ruinent cette théorie. La première de ces conséquences est l'*indivisibilité* et l'*incessibilité* du territoire. Si, en effet, il est un élément de la personne État, il ne peut être divisé ou diminué sans que cette personne même disparaisse. Plusieurs textes de nos constitutions font allusion à cette indivisibilité du territoire, notamment la constitution de 1791, titre II, article 1er. Les faits sont absolument contraires à cette proposition.

Cependant des explications ont été tentées. Les juristes

allemands se devaient à eux-mêmes de concilier la possibilité des cessions territoriales avec leur théorie juridique du territoire. Ils n'y sont point arrivés. Je ne considère pas comme une explication sérieuse celle qui consiste à dire que l'État cédant disparaît pendant un instant de raison au moment de la cession et qu'il renaît immédiatement avec son territoire amoindri. N'est point non plus satisfaisante la formule de ceux qui disent qu'il n'y a point véritablement cession territoriale, mais que l'État cédant renonce à exercer sa puissance sur une partie de son territoire, et que ce territoire se trouvant dès lors sans maître peut s'adjoindre au territoire de l'État annexant. Il y a là une pure subtilité qui n'explique rien. Prudemment, Jellinek se contente d'une simple affirmation : « L'indivisibilité du territoire, dit-il, ne fait pas obstacle à ce que, à la suite d'une guerre, une partie du territoire étatique soit détachée et cédée à un autre État » (*Loc. cit.*, p. 389). Il est vrai que l'auteur ajoute que ce qui est cédé, ce n'est point le territoire mort, que toute cession est exclusivement le transfert d'un *imperium*, que par la cession l'*imperium* de l'État cédant se trouve réduit et celui de l'État annexant augmenté. Cela n'explique rien du tout. J'eusse préféré qu'on dît tout simplement qu'il y a encore dans les cessions territoriales un reste de l'ancienne conception de l'État patrimonial.

A la suite de la grande guerre, on a solennellement affirmé qu'il ne peut y avoir de cession territoriale qu'avec le consentement des populations du territoire cédé ; et le Traité de Versailles a fait application de ce principe. L'exemple de la Haute-Silésie semble bien montrer que l'application de ce principe ne va pas sans soulever de graves difficultés. D'autre part, je ne saurais y voir la conséquence nécessaire d'une sorte de dogme politique, qui ne serait d'ailleurs autre chose

que le faux dogme du contrat social. Quant au problème qui nous occupe maintenant, je ne vois pas quelle solution peut bien lui apporter cette pratique. Que l'annexion soit faite avec l'assentiment des populations annexées, il reste à expliquer comment, le territoire étant un élément de la personnalité de l'État, une cession territoriale n'entraîne pas l'anéantissement de l'État cédant.

L'*exclusivité* du territoire elle-même se heurte à des faits certains. Deux États, dit-on, ne peuvent exercer leur puissance politique sur un même territoire. Or, en fait, cela n'est pas vrai. Il y a des exemples assez nombreux où l'on voit s'exercer sur un même territoire deux puissances politiques. D'abord dans les États fédéraux le même territoire se trouve placé sous la puissance de l'État fédéral et de l'État-membre (cf. *infra*, § 13). D'autre part, les exemples de deux États distincts exerçant un *condominium* sur un même territoire ne sont pas rares. L'Autriche et la Prusse ont exercé un condominium sur le Schleswig-Holstein de 1864 à 1866. L'évêque d'Urgel et le gouvernement français exercent un véritable condominium sur le territoire d'Andorre. Il y avait partage de la souveraineté aux îles Samoa entre le gouvernement samoan et les trois puissances protectrices en vertu du Traité de Berlin du 14 juin 1889. Actuellement, la France et l'Angleterre, en vertu des arrangements d'octobre 1906 et de juin 1922, exercent un *condominium* sur l'archipel des Nouvelles-Hébrides, qui est aujourd'hui une colonie franco-anglaise. « Le condominium franco-anglais, dit Politis, offre cette particularité que les *cosouverains* collaborent, sur une assez grande échelle, à l'exercice du pouvoir politique » (*Le condominium franco-anglais des Nouvelles-Hébrides*, 1908).

Il va de soi qu'avec ma conception du territoire-

limite et de l'action des gouvernants aucune de ces difficultés ne se présente. Il semble véritablement que les juristes s'attachent à créer des difficultés pour se livrer à un vain exercice de subtile dialectique. Les gouvernants sont libres de régler par des conventions la mesure dans laquelle ils exerceront leur puissance de fait sur un territoire donné ; ils peuvent renoncer à exercer cette puissance ; ils peuvent y renoncer momentanément ou d'une manière définitive. Ils établissent là des situations conventionnelles qui ne peuvent présenter aucunes difficultés et qui n'en présentent que parce qu'on veut les faire rentrer, de gré ou de force, dans des cadres artificiels tracés d'avance.

La théorie du *territoire-objet* est aussi artificielle que celle du territoire-sujet.

Certains publicistes, qui admettent la personnalité juridique de l'État et qui voient même dans le territoire un élément de cette personnalité, enseignent en même temps que l'État a sur le territoire un droit subjectif public, qui est distinct du droit de puissance qu'il exerce sur les personnes. Les auteurs français, particulièrement les auteurs de droit international, parlent constamment de la souveraineté *territoriale*, voulant certainement désigner par là un droit qui appartiendrait à l'État sur son territoire. La nature de ce droit, ils ne la déterminent point d'une manière précise. Cependant, il semble bien que les idées de Proudhon (*Traité du domaine public*, 1844, 2e édit.) sont encore dominantes. Ce droit de l'État sur son territoire est, dit-on, un droit réel, mais un droit réel de droit public. On doit distinguer ce que Proudhon appelait le domaine de propriété et le domaine de souveraineté. Le domaine de propriété, c'est la propriété du droit civil ; le domaine de souveraineté, c'est le droit réel public que l'État possède sur son territoire.

En Allemagne, Laband, partisan convaincu de la personnalité de l'État, enseigne que celui-ci possède un droit réel de droit public sur son territoire. « On doit reconnaître, dit-il, que l'État a un droit sur son territoire, qui est substantiellement différent de ses droits de puissance sur ses sujets et que l'on doit considérer comme étant un droit réel de droit public. Par là l'État peut remplir ses fonctions ; il n'atteint pas seulement ses sujets, mais aussi le sol, et le soumet à sa volonté, à sa puissance » (*Droit public*, édition française, 1900, I, p. 287).

Puisque je nie l'existence de la souveraineté ou puissance publique, je ne saurais admettre naturellement que l'État possède un droit de souveraineté sur son territoire ; et à mon sens, je crois l'avoir montré, le territoire ne peut être que la limite de l'action des gouvernants.

Mais ce prétendu droit est inconcevable même dans les doctrines qui admettent l'existence de la souveraineté. En effet, la puissance politique ou souveraineté est incontestablement un pouvoir de commander ; or on ne peut commander qu'à des personnes. Parler de souveraineté ou de puissance politique sur un territoire, c'est employer une formule qui est une contradiction en soi. Ainsi même dans la théorie de l'État personne souveraine, le territoire, au point de vue objectif, ne peut être que la limite de la puissance publique : l'État n'a de puissance effective que sur les personnes qui se trouvent sur son territoire, mais sur toutes les personnes sans exception qui s'y trouvent.

J'examinerai au cours de cet ouvrage comment doit être comprise la situation des dépendances territoriales constituant le domaine de l'État, et aussi la distinction célèbre du domaine public et du domaine privé. Je me borne à dire pour le moment que la distinction repose sur l'affectation et la non-affectation à un usage ou à un service public. Au cas d'affectation à un usage

ou à un service public, les gouvernants ont des pouvoirs légaux pour maintenir et protéger cette affectation; au cas de non-affectation à un service public, les pouvoirs des gouvernants sont naturellement moins étendus. Mais en aucun cas, on ne doit parler d'un droit réel qui appartiendrait à l'État-personne sur son domaine.

J'ajoute que le problème tant discuté de la mer territoriale doit être résolu d'après la même idée générale que celui du domaine public. On s'est demandé quelle était la nature des droits de l'État sur ses eaux territoriales : les uns ont dit, c'est un droit de propriété; les autres, c'est un droit de servitude; d'autres, c'est un droit de souveraineté. Ce n'est incontestablement ni un droit de propriété, ni un droit de servitude, car cela impliquerait l'affectation exclusive de la mer territoriale à un sujet de droit. La vérité est ceci : chaque État riverain a, sur les personnes qui se trouvent sur des navires traversant ses eaux territoriales ou y mouillant, certains pouvoirs de police qui sont déterminés par le droit international et qui ne sont pas ceux qu'il a sur les individus se trouvant sur son territoire terrestre. La mer territoriale n'est point objet d'un droit de l'État; elle est encore limite d'un certain pouvoir de police sur les personnes. Il ne faut pas confondre la mer *territoriale* avec la mer *nationale* (baies, rades, havres et ports, détroits resserrés entre deux terres appartenant à la même puissance), qui forme vraiment une dépendance du domaine public de l'État considéré.

Imbart de la Tour, *La mer territoriale*, 1911.

C'est d'après les mêmes idées qu'il faut déterminer la situation du domaine aérien. L'État n'a point de droit sur l'atmosphère qui est au-dessus de son territoire; mais ses gouvernants peuvent exercer des pouvoirs de police sur ceux qui le traversent.

Cf. les décrets très importants du 21 novembre 1911, du 8 juillet 1920, l'arrêté du 12 janvier 1921. Rapp. Traités de Versailles, art. 318-320; de Saint-Germain, art. 276-283; de Neuilly, art. 204-277; de Trianon, art. 260-267; la convention portant réglementation de la navigation aérienne signée à Paris le 13 octobre 1919 par 22 puissances et promulguée par le décret du 8 juillet 1922.

§ 8. — *Les services publics.*

Dans l'intérieur de la nation, dans la limite du territoire occupé par cette nation, les gouvernants, différenciés des gouvernés et monopolisant la force, doivent employer cette force pour organiser et contrôler le fonctionnement des services publics. Ainsi, les services publics sont un des éléments de l'État ; et nous touchons en quelque sorte au point culminant de la conception de l'Etat que j'expose et qui se peut résumer ainsi : l'État n'est pas, comme on a voulu le faire et comme on a cru quelque temps qu'il l'était, une puissance qui commande, une souveraineté ; il est une coopération de services publics organisés et contrôlés par des gouvernants. Il importe donc de préciser cette notion de service public, qui est capitale, et autour de laquelle gravite tout le droit public moderne.

Les gouvernants, étant des individus comme les autres, sont pris comme les autres dans les liens de l'interdépendance ou solidarité sociale. Ils sont obligés de remplir les obligations que leur impose la règle fondée sur cette solidarité ou interdépendance sociale, fondement de ce que j'ai appelé ailleurs la discipline sociale. Cette discipline oblige d'abord les gouvernants à ne rien faire qui porte atteinte à la solidarité sociale sous ses deux formes. Ils ne peuvent agir contrairement à la solidarité par similitudes ; c'est-à-dire ils ne peuvent en aucune façon faire une chose qui, pour une classe, une minorité ou même un seul individu, serait une entrave quelconque à la satisfaction des besoins communs à tous les hommes. Les gouvernants ne peuvent rien faire qui soit contraire à la solidarité par division du travail. Ce mode de solidarité a pour facteur essentiel le libre développement de l'activité individuelle. Les gouvernants ne

peuvent donc faire quoi que ce soit qui puisse gêner dans une mesure quelconque le libre et plein développement des activités individuelles.

Mais comme les particuliers, les gouvernants ont eux aussi des devoirs objectifs positifs, reposant sur le même principe et ayant au fond les mêmes limites. Tout particulier est obligé d'employer ses aptitudes propres à la réalisation de la solidarité sociale sous ses deux formes, et en retour il peut vouloir juridiquement tout résultat conforme à ce but ; ou, en d'autres termes, tout acte de volonté individuelle déterminé par un pareil but est juridiquement protégé. Les gouvernants sont eux aussi obligés de mettre leurs aptitudes propres au service de la solidarité nationale, et leurs déclarations de volonté s'imposent au respect de tous lorsqu'elles sont déterminées par un but de solidarité. On verra plus loin les différents aspects que peuvent présenter ces déclarations de volonté. Pour le moment, on retiendra que les pouvoirs des gouvernants ont pour unique fondement leurs devoirs et que l'activité des gouvernants se rattache ainsi aux devoirs que leur impose la discipline sociale. Elle oblige les gouvernants, quels qu'ils soient, à employer la plus grande force qu'ils monopolisent à la réalisation de la solidarité sociale sous ses deux formes.

On aperçoit dès lors la notion de service public : c'est toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale, et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante.

Cette activité est d'une importance telle pour la collectivité qu'elle ne peut pas être interrompue un seul

instant. Le devoir des gouvernants est d'employer leur puissance à en assurer l'accomplissement d'une manière absolument continue. La continuité est un des caractères essentiels du service public, et on verra plus tard (chap. IV) qu'il en résulte des conséquences importantes, notamment l'impossibilité juridique de la grève des fonctionnaires.

Cette notion de service public est bien vague, dira-t-on, et elle ne permet point d'indiquer quels sont les services publics. Je ne méconnais point que toutes les difficultés sont loin d'être écartées. Mais néanmoins j'estime que l'idée que j'exprime est fondamentale. Elle est tout entière dans la notion d'une obligation s'imposant aux gouvernants parce qu'ils sont gouvernants. Cette idée, si l'on admet le point de départ, l'interdépendance sociale, ne saurait être contestée. Et si elle est admise, on est conduit nécessairement à cette conception du service public, c'est-à-dire à la conception d'une certaine activité telle que les gouvernants sont obligés d'intervenir, avec le monopole de la force qu'ils détiennent, pour en assurer l'accomplissement. Ils interviendront pour la réglementer, pour l'organiser, pour la contrôler, pour réprimer tous les actes contraires à sa réalisation, pour sanctionner tous les actes conformes à son but. En même temps, les pouvoirs des gouvernants sont limités à cette activité de service public, et tout acte des gouvernants est sans valeur quand il poursuit un but autre qu'un but de service public. Le service public est le fondement et la limite du pouvoir gouvernemental. Et par là ma théorie de l'État se trouve achevée.

De personnalité collective, je n'en ai trouvé nulle part; de puissance publique, de souveraineté, je n'en ai pas trouvé davantage; mais seulement des individus en possession d'une force dans un milieu social donné,

dans une collectivité humaine fixée sur un certain territoire ; des fonctions à exercer et dont l'accomplissement s'impose à eux parce que seuls ils peuvent, par leur plus grande force, assurer cet accomplissement. Ainsi, s'il y a une puissance publique, elle est un devoir, une fonction et non point un droit.

Mais quelles sont les activités dont l'accomplissement constitue pour les gouvernants une obligation? A cette question, on ne peut point faire de réponse fixe. Il y a là quelque chose d'essentiellement variable, d'évolutif au premier chef. Il est même difficile de fixer le sens général de cette évolution. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'à mesure que la civilisation se développe, le nombre des activités susceptibles de servir de support à des services publics augmente et le nombre des services publics s'accroît par là même. C'est logique. En effet, de la civilisation, on peut dire qu'elle consiste uniquement dans l'accroissement du nombre des besoins de tous ordres pouvant être satisfaits dans un moindre temps. Par suite, à mesure que la civilisation progresse, l'intervention des gouvernants devient normalement plus fréquente parce qu'elle seule peut réaliser ce qu'est la civilisation.

En considérant les sociétés civilisées actuelles, il est relativement facile d'énumérer les diverses activités servant de support aux services publics. Il n'est pas inutile de faire observer, dès à présent, que le caractère de service public n'implique pas le monopole au profit des gouvernants et de leurs agents, et que certaines activités, tout en pouvant être librement exercées par les particuliers, sont l'objet de services publics dans la mesure où elles sont exercées par les gouvernants ou leurs agents. L'enseignement et l'assistance sont deux exemples très nets de ce que j'avance. Les particuliers peuvent donner l'enseignement ; une bonne

partie de l'assistance, particulièrement en France, est due à l'initiative privée. Il n'en est pas moins certain que le service d'enseignement et le service d'assistance, dans la mesure où ils sont assurés par les gouvernants, sont des services publics. Il n'y a pas d'ailleurs d'activité sociale qui ne puisse être exercée par des particuliers. Je ne saurais admettre la distinction proposée par certains auteurs, notamment par Berthélemy, et qui consiste à opposer les services qu'on ne peut concevoir accomplis par les particuliers et ceux qui, tout en étant remplis totalement ou partiellement par l'État, pourraient l'être par les particuliers. Cette distinction ne repose sur rien de solide.

Mais il est vrai qu'il y a certaines activités dont l'accomplissement, de très bonne heure, a été demandé aux gouvernants. Il en est même une dont l'accomplissement a été un des facteurs essentiels de la différenciation entre gouvernants et gouvernés. C'est la défense de la collectivité contre l'ennemi de l'extérieur. Le plus souvent, ce sont les services rendus dans cette défense par un ou plusieurs membres du groupe qui leur ont assuré la prépondérance gouvernante. Et ainsi, depuis l'origine même de l'État, le service de la guerre a été constitué en service public. Avant la grande guerre, il était un des services les plus compliqués et les plus coûteux qui incombent aux États modernes. Pendant près de cinquante années, l'Europe s'est trouvée dans cette situation paradoxale que la plus longue période de paix a été, en même temps, celle pendant laquelle les dépenses militaires ont atteint le chiffre le plus élevé. Que va-t-il en advenir maintenant? La guerre, par ses excès même, aura-t-elle pour conséquence le désarmement des grandes puissances ? Nul ne peut répondre à la question.

Le service de police a été aussi de très bonne heure

érigé en service public. Je prends l'expression en un sens général, comme désignant le service qui a pour but de faire régner l'ordre, la tranquillité et la sécurité à l'intérieur du groupe social et sur le territoire occupé par lui. Enfin, un troisième service en est comme le complément et la condition ; c'est le service de justice, lequel, de très bonne heure aussi, a été un service public. J'entends par là le service qui a pour but de réprimer toutes les violations de la règle de droit, de prononcer des condamnations, des annulations, de constater les situations juridiques subjectives quand il y a contestation sur l'étendue ou l'existence de ces situations, et enfin d'assurer l'exécution par la force des décisions rendues sur ces différents points.

Pendant longtemps on a cru, et quelques esprits croient encore que l'activité gouvernante doit se restreindre à ces trois services. Quand en fait l'activité de l'État se réduisait, en effet, à peu de chose près, à l'accomplissement de ces trois services, l'État a pu apparaître comme étant le détenteur de la puissance et comme étant seulement cela. Il semble, en effet, que les buts correspondant à ces services ne sont atteints et ne peuvent être atteints que par des injonctions ou des défenses. Et les auteurs qui admettent la distinction des services d'autorité et des services de gestion voient essentiellement des services d'autorité dans la police, la guerre et la justice ; ils qualifient d'actes d'autorité tous les actes qui sont faits en vue de ces services. En réalité, il n'en est rien ; car si l'État dans les autres services n'est pas l'État-puissance, on ne voit pas pourquoi il le serait dans ces services-là. L'État, on l'a dit, ne peut pas être une puissance commandante ; il ne l'est jamais, pas plus dans les services de la guerre, de la justice et de la police que dans les autres.

Ces autres services sont aujourd'hui très nombreux ;

ce sont des services d'ordre technique, qui se réalisent le plus souvent par de simples opérations matérielles, et où il faut bien reconnaître, malgré qu'on en ait, que la notion de puissance publique, d'*imperium,* n'a rien à faire. Ainsi, l'accroissement du nombre des services exploités par l'État contribue pour une large part à écarter l'ancienne conception de l'État-puissance. Les gouvernants ne sont plus les organes d'une personne collective qui commande; ils sont les gérants d'affaires de la collectivité, et toute une série de conséquences résultent de cette conception.

Notons que de l'accroissement du nombre des services publics ne résulte pas forcément l'accroissement de la puissance de l'État, précisément parce que l'État n'est pas une puissance. Dire qu'un service devient ou doit devenir un service public, cela veut dire que ce service sera organisé par les gouvernants et qu'il fonctionnera sous leur contrôle. Mais cela ne veut pas dire nécessairement que les agents qui en seront chargés et les richesses qui y seront affectées seront placés sous la dépendance immédiate et directe des gouvernants. Au contraire, l'augmentation du nombre des services publics implique une décentralisation de plus en plus grande de ces services. Cette décentralisation peut se produire sous divers modes qu'on ne peut étudier ici en détail et qu'il suffit d'indiquer. Ce sont la décentralisation régionale; la décentralisation patrimoniale qui implique l'affectation d'un patrimoine autonome à la gestion d'un service public déterminé; la décentralisation *fonctionnariste* qui suppose un rôle de direction donné aux fonctionnaires techniques du service; et enfin la *concession* qui implique l'exploitation du service par un simple particulier sous le contrôle des gouvernants. Il importe de noter que les services publics concédés restent bien des services publics. Cf. §§ 59 et 60.

La tendance du droit moderne est incontestablement dans le sens décentralisateur ; cela est une conséquence du double mouvement signalé plus haut : l'accroissement des services techniques et la disparition de la croyance à la puissance souveraine de l'État. Beaucoup de services publics ont été heureusement régionalisés comme les services d'assistance. Beaucoup seront patrimonialisés. La tendance est de le faire pour le service des chemins de fer et pour celui des postes, télégraphes et téléphones. On a déjà reconnu l'affectation d'un patrimoine autonome à l'exploitation du réseau de l'État (L. fin., 13 juillet 1911, art. 41) ; on en fera certainement bientôt autant pour le service postal et télégraphique.

La forme la plus nouvelle et en même temps la plus progressive de décentralisation est évidemment celle qu'on appelle la décentralisation *fonctionnariste*. Elle a reçu un commencement d'application dans le service public d'enseignement supérieur par la création des universités administrées sous le contrôle de l'autorité supérieure par les professeurs eux-mêmes. Ce système sera certainement étendu, dans un avenir prochain, à divers services publics d'ordre technique. Cf. § 60.

D'ailleurs, les gouvernants, n'étant point titulaires d'un droit de puissance publique, n'ont point sur le personnel des agents préposés à la gestion des services publics cette autorité sans contrôle que l'ancien droit public tendait à leur attribuer. Les agents doivent avoir et ont de plus en plus une situation stable, indépendante de l'arbitraire des gouvernants. Ils doivent avoir ce qu'on appelle un *statut*, à la fois dans leur intérêt et dans l'intérêt du service. Cf. §§ 65 et 66.

Quant aux richesses dont les gouvernants ont besoin pour assurer le fonctionnement des services, leur protection juridique se conçoit aisément sans qu'on

ait besoin d'admettre la fiction de la personnalité patrimoniale de l'État. Certains auteurs, notamment Berthélemy, qui repoussent la personnalité de l'État-puissance, admettent au contraire la personnalité patrimoniale de l'État; ils croient ne pouvoir expliquer la protection des biens affectés aux services publics sans imaginer un droit de propriété dont serait titulaire la personne État. Mais si la personne État n'est qu'une fiction sans valeur lorsqu'il s'agit de l'activité non patrimoniale de l'État, je ne vois pas comment elle pourrait être une réalité lorsqu'il s'agit de l'activité patrimoniale de l'État. Les juristes français sont toujours dominés par cette idée que l'affectation d'une richesse à un but ne peut être protégée que par la reconnaissance d'un droit subjectif de propriété. Ils ne voient pas que la propriété droit subjectif a été une construction juridique imaginée par les Romains pour protéger socialement l'affectation d'une richesse à une utilité individuelle, que ce n'était rien de plus, que l'on se heurte à des difficultés insurmontables et à d'inutiles subtilités quand on veut appliquer ce procédé de construction juridique aux richesses qui sont affectées à un but d'utilité collective. Ce qu'on appelle le patrimoine de l'État est protégé juridiquement et socialement parce qu'il est affecté à l'ensemble des services publics. En disant qu'il est protégé, on veut dire que tous les actes, faits par les gouvernants ou leurs agents, touchant ces biens et ayant un but de service public, produisent un effet de droit, que tous les actes qui ne sont pas conformes à ce but sont sans valeur, que tous les actes des tiers qui viennent contrarier ce but doivent être réprimés.

Certains des biens, au lieu d'être affectés à l'ensemble des services publics, sont, comme on l'indiquait plus haut, affectés à un service public déterminé. Inutile

d'imaginer que le service public devient une personne et possède un droit de propriété sur ces biens. Ils sont affectés à un service public déterminé, et le droit protège encore cette affectation en sanctionnant tous les actes faits conformément à ce but et en annulant ou en réprimant tous les actes contraires.

Enfin, le service public étant établi et devant fonctionner dans l'intérêt de tous, si, par suite de son fonctionnement irrégulier, un préjudice spécial est occasionné à un particulier, il est légitime que la réparation de ce préjudice soit supportée par les biens qui sont affectés à ce service, par l'ensemble des biens affectés aux services publics, si c'est un service public non patrimonialisé, et dans le cas contraire par le patrimoine autonome affecté au service considéré. Et voilà d'un mot le principe même de la responsabilité de l'État. Cette responsabilité est engagée pour tous les services, et il n'y a point à faire une prétendue distinction entre les services de puissance publique et les services de gestion. La jurisprudence très ferme du conseil d'État condamne cette distinction et affirme le principe général de la responsabilité de l'État. Je m'étonne que Berthélemy puisse encore poser en principe « l'irresponsabilité de l'administration à raison des actes d'autorité » (*Droit administratif*, 7e édit., p. 76). Sans doute le droit français n'est pas encore arrivé à consacrer pleinement la responsabilité en matière judiciaire. Mais cela est la conséquence de la survivance de certains préjugés qui disparaîtront probablement en peu de temps. D'autre part, en rattachant la responsabilité de l'État à l'idée du service public fonctionnant dans l'intérêt de la collectivité, on évite toutes les controverses, qui n'ont pas de sens, sur le point de savoir si les personnes collectives en général et si l'État en particulier peuvent commettre une faute.

La faute ne peut être commise que par des individus conscients. Lorsque le service public a mal fonctionné, ou bien il y a eu un cas de force majeure, ou bien il y a eu une faute d'un agent du service public. On peut alors parler de la faute de l'État, de la faute du service public. Mais ce sont des expressions figurées; il est puéril de les prendre au sens propre. La réalité, c'est la faute d'un agent; et la seule question qui se pose est celle de savoir si les conséquences de cette faute seront supportées par le patrimoine public ou par le patrimoine de l'agent. On a dit déjà qu'en principe elles étaient supportées par le patrimoine public. Parfois elles le sont par le patrimoine de l'agent. On étudiera la question plus tard. Cf. § 72.

Puisque la notion fondamentale, qui est au fond de tout service public, est celle d'une obligation juridique s'imposant aux gouvernants d'assurer l'accomplissement ininterrompu d'une certaine activité, qui est d'une importance capitale pour la vie sociale parce que, étant donnés les mœurs, les tendances, les besoins d'une époque, il n'est pas un des membres de la société qui n'ait besoin que cette activité soit réalisée, l'un des problèmes les plus importants du droit public moderne est de déterminer les garanties données aux particuliers pour obtenir le fonctionnement régulier des services publics. Ces garanties se trouvent essentiellement dans la loi du service, c'est-à-dire dans la loi qui détermine le mode de fonctionnement de ce service, loi formelle ou règlement.

C'est un devoir pour les gouvernants et pour tous ceux qui sont chargés d'assurer le fonctionnement du service d'agir conformément à cette loi. Tout acte fait par eux conformément à la loi du service est licite. Si c'est un acte matériel, il ne peut, en principe, entraîner responsabilité. Si c'est un acte juridique, il produit un

effet de droit qui échappe à toute annulation. Au contraire, si l'acte, décision ou opération matérielle, est contraire à la loi du service, il donnera lieu à une réparation ou à une annulation. Le particulier qui est victime d'un préjudice pourra obtenir une réparation, ou provoquer une annulation, par la juridiction compétente, de l'acte juridique contraire à la loi du service.

Je ne dis pas que par là le particulier fera valoir le droit subjectif qu'il aurait au fonctionnement du service. Il n'a point un droit subjectif ayant pour objet le fonctionnement du service conformément à la loi. J'ai montré au tome I, chapitre II, qu'il faut rejeter d'une manière générale cette notion de droit subjectif, qu'on peut parler seulement de situation juridique subjective quand un acte de volonté individuel est intervenu. Or, ici, il n'y a point eu d'acte individuel ; il n'y a pas de situation subjective. Le particulier se trouve dans une situation légale ou objective. Il est, à l'égard de la loi qui crée et organise un service public, dans la situation où il est à l'égard de toute loi. Il peut agir dans les limites fixées par la loi du service, c'est-à-dire qu'il peut user du service dans les conditions déterminées par l'acte qui l'a créé et organisé. Si le particulier fait une déclaration de volonté ayant un objet et un but conformes à la loi du service, une situation juridique concrète naîtra pour lui. Si les agents publics violent la loi du service public, le particulier aura les pouvoirs qui lui appartiennent toutes les fois que les agents publics violent la loi : il peut, suivant les cas et suivant le caractère de l'acte, provoquer une répression, obtenir une réparation ou faire prononcer une annulation. Dans tout cela, on aperçoit aisément les caractères et les conséquences de la situation légale ou objective.

Le conseil d'État a une jurisprudence tout à fait conforme à ce qui vient d'être dit. J'étudierai dans la suite de cet ouvrage sa

jurisprudence en matière de responsabilité des services publics. Sur la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, le caractère objectif de ce recours et son rôle pour assurer le fonctionnement des services publics conformément à la loi, cf. § 31 et t. III. Je fais seulement remarquer, dès à présent, que le conseil d'État admet le recours pour excès de pouvoir même dirigé contre un acte de l'autorité qui aurait été fait en violation de l'acte de concession d'un service public, quand le particulier se plaint d'une violation de l'acte de concession d'un service concédé. Cf. trois arrêts intéressants, 4 février 1905 (*Storch*), *Recueil*, p. 117; 21 décembre 1906 (*Croix-de-Seguey-Tivoli*), *Recueil*, p. 961, avec les conclusions de M. Romieu, commissaire du gouvernement, et S., 1907, III, p. 33, avec une *note* d'Hauriou; 15 novembre 1907 (*Poirier*), *Recueil*, p. 820, avec les conclusions de M. Teissier, commissaire du gouvernement, et *Revue du droit public*, 1909, p. 48, avec la note de Jèze. V. aussi conseil d'État, 29 décembre 1911 (*Chomel*), *Recueil*, p. 1265; 19 janvier 1912 (*Marc*), *Recueil*, p. 75); note de Jèze qui critique justement les motifs de ce dernier arrêt, *Revue du droit public*, 1912, p. 32 et s.

Sur la question de la situation des particuliers à l'égard des services publics, consulter, outre les notes d'Hauriou et de Jèze précitées, Duguit, *Revue du droit public*, 1907, p. 411 et s.; *Les services publics et les particuliers, Congrès des sciences administratives de Bruxelles*, 1910, IIIe section; Hauriou, *Principes de droit public*, 1910, p. 94 et s. Hauriou, en des termes un peu différents, arrive à des conclusions identiques aux miennes. Il écrit notamment : « Les services publics, envisagés par rapport au public appelé à en user, constituent... des situations établies. Le public n'est pas créancier des services publics, il est seulement en situation d'en profiter. Les administrés ont à leur disposition un moyen pratique d'améliorer leur situation : formuler une réclamation et ensuite saisir le conseil d'État par la voie contentieuse de l'excès de pouvoir; mais ce moyen pratique ne nous fait pas sortir de la donnée de la situation objective... Cette proposition est particulièrement intéressante à vérifier à propos des services de l'assistance publique. A l'occasion des lois du 15 juillet 1893 sur l'assistance médicale gratuite et du 14 juillet 1905 sur l'assistance aux vieillards, on a beaucoup parlé du droit des indigents à l'assistance. Or, ce droit n'est pas une créance sur les services d'assistance; c'est simplement le droit pour l'indigent... à être inscrit sur une certaine liste d'assistance, de façon à pouvoir bénéficier de la distribution des secours s'ils sont dis-

tribués... » (p. 94 et 95). Rapp. ce que dit encore Hauriou aux pages 593 et 594, note 1.

Tout cela est absolument exact. Quand on dit que la loi de 1905 a reconnu aux vieillards de 70 ans et aux incurables un droit à l'assistance, on emploie une expression tout à fait inexacte : la vérité, c'est que le vieillard de 70 ans et l'incurable sont dans cette situation légale qu'ils peuvent faire annuler par la juridiction compétente toute décision administrative qui serait prise en violation de la loi de 1905 ; même solution pour les bénéficiaires de l'assistance médicale gratuite, les femmes en couches, les familles nombreuses, les mères qui nourrissent leurs enfants (LL. 15 juillet 1893, 17 juin 1913, 14 juillet 1913, 24 novembre 1919). Ni les uns ni les autres n'ont un droit de créance ; et leur situation pourrait toujours être modifiée par une loi nouvelle sans qu'il y ait pour cela effet rétroactif.

Jèze, dans un chapitre d'ailleurs très intéressant de son livre, *Principes généraux du droit administratif*, 1914, écrit que « pour résoudre la question de savoir si dans tel cas donné le procédé du service public est effectivement employé, il faut rechercher uniquement l'intention des gouvernants ». En un mot, d'après cet auteur, le service public est une création artificielle du législateur qui seul peut l'instituer et peut donner discrétionnairement ce caractère à une activité quelconque.

Cette proposition se rattache directement à une conception contre laquelle je me suis élevé énergiquement à plusieurs reprises, conception d'après laquelle le droit est une pure création de l'État. Cf. notamment t. I, p. 91. Assurément, si une loi positive attribue expressément le caractère de service public à une activité déterminée, le juge sera obligé d'appliquer la disposition législative. Mais il n'en résultera pas que dans la réalité il y ait un service public ; et celle-ci l'emportera tôt ou tard sur la décision arbitraire du législateur.

D'autre part, j'estime qu'ici, comme dans tout domaine

social, le juriste manque à sa mission s'il n'indique pas au législateur quel est le droit, s'il ne détermine pas, suivant l'expression de Gény, le *donné* social, c'est-à-dire la norme juridique que le législateur ne fait que constater et mettre en œuvre. La norme juridique, quand il s'agit de service public, est précisément celle qui impose aux gouvernants l'accomplissement d'une certaine activité.

Enfin, pratiquement, si le juriste s'abstient de déterminer théoriquement ce qui est matière de service public, il sera bien souvent impossible de dire si dans un pays donné telle activité est un service public, le égislateur ne s'étant point expliqué sur ce point. Cela est l'origine de controverses sans fin que Jèze n'a pas su éviter plus que Michoud.

Jèze, *Principes généraux du droit administratif,* 1914, p. 250, et *Revue du droit public,* 1913, p. 503.

Cf. arrêts du conseil d'État, 13 juin 1913, *Azincourt, Asselineau,* à propos des retraites ouvrières, avec de longues et intéressantes conclusions de M. Léon Blum, *Recueil,* 1913, p. 678, et *Revue du droit public,* 1913, p. 516 et s.

§ 9. — *Critiques dirigées contre ma doctrine.*

Je crois avoir établi une théorie générale de l'État adéquate aux faits et qui élimine toutes les hypothèses sans valeur, toutes les affirmations d'ordre métaphysique, toute la dialectique subtile mise en œuvre pour plier la réalité aux prétendus principes des juristes. Mais une doctrine qui nie la personnalité et la souveraineté de l'État devait rencontrer bien des objections. Je ne peux me dispenser d'en examiner quelques-unes. Auparavant, il n'est pas inutile de faire une observation.

Je dis que l'État n'est pas une personne, que l'État n'est pas une personne souveraine, que le concept de souveraineté est un concept sans valeur et sans réalité,

qu'en fait existent dans les groupements nationaux et territoriaux des groupes d'individus qui détiennent une force, qu'ils sont des gouvernants, que la discipline sociale fondée sur l'interdépendance leur impose des devoirs, et qu'ils ont pour l'accomplissement de ces devoirs des pouvoirs socialement protégés. En disant cela, je crois fermement suivre la réalité d'aussi près que possible. Dans ce qu'on appelle l'État, il n'y a pas autre chose ; et le droit public ne peut reposer que sur ces faits. Mais je ne méconnais pas que les doctrines de la personnalité et de la souveraineté de l'État, si elles n'expriment pas la réalité, sont elles-mêmes des faits sociaux qu'il n'est pas permis au juriste sociologue de négliger. Ces doctrines, dont l'origine est lointaine, ont été consacrées par les constitutions françaises de la Révolution et de 1848. Elles ne devenaient pas vraies pour cela ; mais elles faisaient sentir forcément leur action et tout notre droit public positif s'en trouvait pénétré. Il est en train de s'en dégager, et cela caractérise précisément l'état actuel de notre droit positif. Il est dans une période de transformation profonde et active. Il élimine rapidement tous les éléments dont la conception métaphysique de l'État l'avait encombré pour s'adapter à la conception purement réaliste. Nous en aurons la preuve à chaque pas dans la suite de ce livre. Mais cette conception réaliste rencontre des objections dont il faut examiner quelques-unes.

Le regretté Esmein, dans toutes les éditions de son livre de *Droit constitutionnel*, devenu classique, a vivement critiqué ma doctrine.

Le savant maître, qui a illustré la faculté de droit de Paris, fait d'abord observer que ma doctrine n'est point nouvelle, « mais seulement rajeunie par l'invocation de quelques idées assez vagues..., comme le principe de la solidarité humaine et la conception de la règle de droit

se suffisant à elle-même ». Elle ne serait que la doctrine défendue par Guizot et Royer-Collard sous la Restauration et le gouvernement de Juillet. « C'est, dit Esmein, la doctrine qui à diverses époques a prétendu ne reconnaître d'autre souveraineté que celle de la raison... Dans les *droits et intérêts légitimes,* où Royer-Collard voit la base même de la société politique, on trouve l'équivalent exact de la situation juridique et de la règle de droit sur laquelle Duguit construit tout son système. »

Je regrette que ma doctrine ne puisse pas invoquer l'autorité de Guizot et de Royer-Collard qui, pour être aujourd'hui un peu démodés, n'en étaient pas moins de grands esprits. Si, au point de vue formel, ma théorie de l'État peut se rapprocher des conceptions *doctrinaires,* elle en diffère du tout au tout dans le fond. La notion que je me forme du droit objectif et de la règle de droit est tout à fait différente de la conception *doctrinaire des droits et des intérêts légitimes.* Celle-ci reposait évidemment sur les droits individuels déterminés *a priori* par la raison. Mon affirmation de la règle de droit repose exclusivement sur un fait, le fait de l'interdépendance sociale constatée par l'observation. La différence me paraît fondamentale.

Je ferai la même réponse à ceux qui m'ont reproché de reprendre, tout en la combattant, la vieille doctrine du droit naturel. La conception ancienne du droit naturel était fondée sur l'existence de certains principes rationnels, immuables, toujours les mêmes, en tous temps et en tous pays, principes auxquels il faut travailler à conformer autant que possible la législation positive. C'est bien la conception que Michoud paraît se former du droit naturel qu'il définit « une règle supérieure de justice qui n'est pas née du groupe lui-même, mais qui lui préexiste ». La règle de droit telle que je

la comprends n'est point une règle supérieure, préexistante au groupe ; elle est la règle dérivant des conditions de vie actuelles, momentanées et changeantes d'une société donnée, déterminées par l'observation et l'analyse rationnelle de son évolution et de sa structure. C'est là, ce me semble, une doctrine tout à fait étrangère au droit naturel, une doctrine d'ordre purement positif et d'inspiration vraiment scientifique. Cf. t. I, chap. I.

Esmein écrit encore « : Que reproche-t-on à la théorie de la personnalité de l'État, sinon d'être une pure fiction légale ? Et moi-même je le proclame. Mais les fictions légales traduisent parfois les réalités les plus hautes, qui pour ne pas tomber sous les sens n'en existent pas moins. La nation, la patrie sont aussi des fictions, pourrait-on dire aussi justement, car les sens constatent seulement un territoire et les hommes qui l'occupent. Et pourtant, où trouver des réalités plus solides dans la vie des hommes? L'État personne publique, c'est la traduction juridique de la nation. »

Je ne comprends plus. Dans la langue française, le mot fiction signifie l'invention d'une chose fictive, et une chose fictive est une chose qui n'est pas réelle (Littré, v^is *Fiction* et *Fictif*). Esmein écrit donc ceci : « Mais les inventions légales de choses qui ne sont pas réelles traduisent souvent les réalités les plus hautes... La nation, la patrie sont aussi des inventions de choses qui ne sont pas réelles... Et pourtant, où trouver des réalités plus solides dans la vie des hommes? » N'est-ce pas contradictoire ? Mais passons. Je n'ai jamais dit que la nation, la patrie ne sont pas des réalités ; mais je dis et je persiste à dire qu'affirmer que la nation est une personne, que l'État qui a pour support la nation est une personne collective investie d'une volonté, c'est faire intervenir un élément d'ordre purement métaphysique

qui doit rester étranger à toute jurisprudence et à toute politique positives. Cette affirmation est tout à fait inutile pour comprendre que les gouvernants doivent agir en vue de l'utilité commune et n'ont de pouvoir que dans la mesure où ils agissent en vue de ce but.

Esmein dit encore : « La négation du droit de souveraineté... n'a qu'un résultat bien clair : c'est d'affirmer le règne de la force..., ce droit de la force que répudiait déjà l'ancien régime et que condamne plus nettement le principe de la souveraineté nationale. » Je crois avoir démontré que la souveraineté nationale n'est en réalité que la volonté d'une majorité, et l'on ne peut pas prétendre que la volonté de cette majorité soit légitime en elle-même. La puissance des gouvernants, même quand elle repose sur la souveraineté nationale, est donc une puissance de fait. Reste à savoir si l'on arrive plus sûrement à limiter cette puissance en en faisant un droit de souveraineté qu'en disant ce qui est, qu'elle est une puissance de fait dont les manifestations sont légitimes seulement lorsqu'elles sont conformes à la règle de droit. Je crois bien que s'il est une doctrine qui favorise l'omnipotence, c'est la doctrine de la souveraineté, puisque, par définition même, « elle ne reconnaît point de puissance supérieure ou concurrente ». Esmein ajoute, il est vrai, « quant aux rapports qu'elle régit ». Mais c'est la souveraineté qui détermine elle-même les rapports qu'elle régit; par conséquent, c'est elle-même qui fixe sa propre limite; c'est dire qu'elle n'en a pas. Cf. t. I, p. 407.

Le savant maître déclare que les formules dont je me sers fréquemment : « règle de droit » et « situations juridiques subjectives », sont empruntées au vocabulaire germanique. Il se trompe. Je ne les ai pas trouvées une seule fois dans les auteurs allemands. Quant au mot *subjectif*, il est plus français qu'allemand; je ne tiens

pas au mot, mais je tiens à la chose qu'il désigne et que beaucoup de juristes français n'ont pas su apercevoir.

Au reste, malgré ses immenses lectures et son savoir encyclopédique, Esmein paraît avoir à peu près complètement ignoré les doctrines allemandes de droit public. Parlant de mon livre, « *L'État, le droit objectif et la loi positive* », il écrit : « C'est un livre tout imprégné des doctrines allemandes que l'auteur filtre et clarifie. » Or, tous ceux qui connaissent, ne serait-ce que sommairement, les doctrines allemandes, et qui m'ont fait l'honneur de lire mon livre, savent bien qu'il a été écrit précisément en réponse à ces doctrines, et particulièrement en réponse à celle de Jellinek, dont je prends le contre-pied.

Toutes les doctrines allemandes modernes, à la suite de Gerber, enseignent que la puissance publique, la souveraineté, est un droit subjectif, dont l'État personne juridique est le titulaire. C'est précisément cette doctrine que depuis vingt-deux ans je combats de toutes mes forces, en affirmant qu'il n'y a pas de droit subjectif, qu'il n'y a pas de droit subjectif de puissance publique, qu'il n'y a pas de personnalité juridique de l'État. Et l'on vient me dire après cela que je m'inspire des doctrines allemandes !

Enfin, s'il est des doctrines qui conduisent à l'omnipotence de l'État, ce sont bien assurément celles qui reposent sur la souveraineté et la personnalité de l'État, et non les miennes, quoi qu'en dise Esmein. Je prétends même que l'on ne peut donner une limitation juridique à la puissance publique qu'en niant la personnalité et la souveraineté de l'État. Si Esmein avait été tant soit peu au courant des doctrines allemandes, il aurait su que Ihering, Jellinek enseignent qu'il n'y a pas d'autre limitation à la puissance de l'État à l'intérieur et à l'extérieur que celle qu'il se fixe à lui-même

et que c'est là une doctrine qui conduit fatalement à la politique d'absolutisme à l'intérieur, et à la politique de conquête et de rapine à l'extérieur. Les auteurs avertis ne s'y sont point trompés. Hauriou notamment a écrit : « A l'affirmation violente de la doctrine allemande, tout le droit public est subjectif », Duguit répondait par cette autre affirmation violente : « Tout le droit public est objectif. »

Pour les critiques dirigées par Esmein contre ma doctrine, cons. les différentes éditions des *Éléments de droit constitutionnel,* et particulièrement la septième et dernière édition, 1921, publiée par Nézard. — Pour la réponse à Esmein, cf. ce que j'ai dit au t. I, p. 405 et s.

Les objections de Michoud sont d'un autre ordre. Il écrit : « Une théorie juridique ne peut pas ne pas *abstraire,* c'est de son essence. Une théorie juridique est un produit de notre esprit, par lequel nous cherchons à classer les faits de la vie réelle pour déterminer à quelle règle générale ils seront soumis... Duguit n'échappe pas plus qu'un autre à cette nécessité. »

Je ne méconnais pas que toute construction juridique implique une abstraction. J'irai même plus loin et je dirai que toute proposition est une abstraction puisqu'elle est l'expression non pas de la réalité, mais de l'idée que nous nous formons de la réalité. D'autre part, comme Michoud, je vois dans une théorie juridique une classification synthétique des faits réels afin de déterminer une règle ; mais cette règle s'impose, non pas, comme il le dit, aux faits, mais aux individus qui se trouvent en présence de ces faits. Dès lors, une théorie juridique n'a de valeur que si elle met en œuvre des faits réels. Dans les différents actes étatiques, je n'aperçois comme faits réels que les manifestations de volonté de groupes d'individus ou d'individus isolés, corps électoral, parlements, rois, empereurs, présidents de la République. Si l'on veut faire la théorie juridique

de l'État, ce sont les seuls faits sur lesquels on peut s'appuyer. Si l'on dit : derrière ces manifestations de volontés individuelles, il y a un élément qu'on appelle personne juridique et qui est titulaire d'un droit qui légitime les manifestations volontaires de ces individus, on fait intervenir un élément qui n'est pas dans la réalité ; on imagine une chose qui n'est pas réelle ; ce n'est plus de l'abstraction, c'est de la fiction.

Cette fiction, disons si l'on veut cette abstraction, est indispensable, au dire de Michoud, pour déterminer les effets de tout acte juridique ; il faut que cet acte soit fait au nom d'une personne juridique déterminée. C'est ce que je conteste. On détermine ces effets aussi aisément en les rattachant au but que poursuit l'auteur de l'acte. Michoud est resté dominé par cette conception essentiellement individualiste qu'un résultat ne peut être juridiquement ou, ce qui est la même chose, socialement protégé que s'il se traduit en un droit subjectif, et, dès lors, il lui faut créer de toutes pièces un sujet qui sera titulaire de ce droit subjectif. Or, ce qui caractérise la transformation qui s'accomplit dans le droit moderne, c'est que l'idée de règle se substitue partout à l'idée de droit subjectif, que la protection juridique consiste dans l'efficacité accordée aux actes conformes à la règle et dans la répression imposée aux actes contraires. Tout cela se produit sans qu'on maintienne la notion inutile et vaine de sujet de droit. Je ne dis pas qu'il y a des droits sans sujet ; je dis qu'il n'y a pas de droits.

On trouvera les critiques dirigées par Michoud contre ma doctrine dans son beau livre : *La théorie de la personnalité*, particulièrement 1re partie, 1906, p. 45 et s. Pour la discussion de la théorie de Michoud, cf. t. I, p. 468 et s. et mon livre : *Les transformations générales du droit privé*, appendice I, p. 179 s.

Le doyen Hauriou, dans ses *Principes de droit public*, 1910, fait le grand honneur à mes écrits de les citer à

presque toutes les pages. A beaucoup d'égards, on l'a déjà montré et on le verra dans la suite de ce livre, Hauriou aboutit à des conclusions analogues aux miennes. Sa théorie de l'institution est une pure conception de droit objectif. Déjà, dans l'introduction de la sixième édition de son *Droit administratif*, il avait écrit (p. IX) que « la souveraineté et la loi ne sont plus au premier rang et ne jouent plus le premier rôle dans la combinaison pratique des forces ». Dans le sommaire du chapitre II des *Principes de droit public*, p. 70, il écrit : « Si l'on doit, dans l'étude du droit public, se placer au point de vue des équilibres, il faut écarter provisoirement la donnée de la personnalité juridique et envisager l'État comme une nation aménagée en régime d'État. » Et à la page 73 : « Duguit a prétendu fonder le régime de droit sur le fait de la solidarité sociale ; nous avons critiqué cette doctrine au chapitre précédent et nous ne la croyons pas satisfaisante. Mais au moins montre-t-elle la direction dans laquelle il convient de chercher, qui est celle des faits objectifs. Il faut seulement chercher de plus près dans l'aménagement même de la nation et dans les équilibres révélés par cet aménagement. »

Je me demande si cet ordre, cet équilibre qu'Hauriou donne pour fondement au droit ne se rapproche pas de ce que j'appelle la solidarité ou l'interdépendance sociale, au point de se confondre avec elle. Hauriou, à la page 66, me reproche de n'avoir pas fait dans mon système une place à la notion de fonction, « d'éliminer toute autorité et toute fonction sociale ». Je crois ne pas mériter ce reproche. Est-ce que tout mon système ne revient pas à dire que chaque individu doit remplir dans la société, afin d'assurer la réalisation de l'interdépendance sociale, la fonction que sa place dans la société, que ses aptitudes lui permettent de remplir ?

L'autorité, je la nie en tant que puissance supérieure d'ordre métaphysique appartenant à un individu ou à une collectivité. Je ne l'ai jamais niée en tant qu'elle est une fonction que remplit un groupe d'hommes et que doit remplir ce groupe en raison de la place qu'il occupe dans le corps social. Toute ma théorie générale de l'État ne peut-elle pas être qualifiée par l'expression dont se sert Hauriou lui-même : « Le point de vue de la nation aménagée en régime d'État »?

Hauriou, enfin, me reproche d'être resté à mi-chemin de ma théorie, et de n'avoir point su accepter les conséquences logiques de mon point de départ; il écrit : « Le système juridique a deux pôles, celui des personnes avec le droit subjectif, celui du droit objectif avec les choses. Il est impossible de prendre la direction du droit objectif sans aller jusqu'aux choses; s'arrêter à mi-chemin n'est pas logique; c'est le parti qu'a pris Duguit qui n'arrive pas à une conception des fonctions sociales considérées comme des choses. Mais ce n'est pas une des moindres surprises que réserve son œuvre que de constater que sa construction de droit objectif est vide de choses. Il n'y a pas dans l'État, tel qu'il le conçoit, de personnalité subjective, et il n'y a pas non plus de choses; il n'y a qu'un pouvoir obéissant à une règle juridique; on ne voit pas comment ce pouvoir peut s'asseoir et devenir un *état de choses* » (p. 174).

Vraiment, je ne comprends pas cette critique. Hauriou croit résumer ma théorie en disant que l'État est un pouvoir obéissant à une règle juridique. Il oublie d'ajouter que ce sont des hommes qui détiennent une force et qui doivent employer cette force conformément à un certain but. Le but est précisément le fondement sur lequel se pose toute ma conception. Et, pour me servir de l'expression d'Hauriou, voilà « comment ce pouvoir peut s'asseoir ».

Il est impossible, dit mon savant collègue, de prendre la direction du droit objectif sans aller jusqu'aux choses. Vraiment, je ne peux trouver des choses là où il n'y en a pas. Par chose, Hauriou entend évidemment une richesse au sens économique. A la page 151, il parle de « choses actives », ce qui paraît, au reste, contradictoire, et ce qui, dans tous les cas, ne précise pas le sens du mot chose. Or, des choses, des richesses, on ne peut pas en voir là où il n'y en a point. Les fonctions sociales ne sont pas des richesses, ne sont pas des choses, et on ne peut pas les assimiler aux choses sans retomber encore dans la fiction. Hauriou veut échapper à la fiction des personnes ; il crée alors des choses fictives. Qu'il crée encore des fictions, ce qu'il écrit à la page 560 de son *Précis de droit administratif* (6e édit.) le prouve bien : « La fonction ayant en soi une existence sociale indépendante devient *juridiquement* une chose... » Si la fonction n'est pas réellement une chose, elle ne l'est pas, elle ne peut pas l'être juridiquement.

Enfin, je ne comprends pas ce que veut dire Hauriou quand il écrit « que le système juridique a deux pôles, celui des personnes avec le droit subjectif, celui du droit objectif avec les choses » (p. 174). Le droit, qu'on le conçoive comme droit subjectif ou comme droit objectif, n'a qu'un « pôle », les personnes ou plutôt les volontés humaines. Conçu comme droit subjectif, c'est le pouvoir propre d'une certaine volonté de s'imposer comme telle à une autre volonté ; conçu comme droit objectif, c'est la règle sociale des volontés. J'estime que la conception du droit subjectif est une conception d'ordre métaphysique, qui ne répond à rien de réel, qui occupe encore cependant une grande place dans les législations positives, qui disparaît pour faire place à la conception du droit objectif, que le rôle du juriste

est de constater et de hâter cette disparition. Mais il n'en résulte pas qu'il puisse y avoir en droit des choses là où il n'y en a pas en réalité ; il n'en résulte pas que les fonctions sociales puissent être juridiquement des choses quand elles ne le sont pas en fait. Il est vrai qu'Hauriou y voit « des choses douées d'une certaine activité », ce qui, dit-il, « n'a rien de contradictoire » (p. 151). Hauriou ne s'aperçoit pas qu'il est en plein dans le domaine de la fiction.

Dans la deuxième édition des *Principes de droit public,* 1916, Appendice, page 799, et dans la neuvième édition du *Précis de droit administratif,* 1919, page 27, note 1, Hauriou a repris sous une nouvelle forme les critiques dirigées précédemment par lui contre ma théorie de l'État. Mais si la forme est nouvelle, le fond ne l'est pas. Il y a longtemps déjà, Hauriou m'a reproché d'être un anarchiste et il maintient le reproche ; il ajoute que ma doctrine n'est réaliste que de nom parce qu'elle néglige d'importants éléments de la réalité.

« L'erreur de Duguit, écrit le savant doyen de Toulouse, est d'avoir cru que l'on pouvait séparer l'existence de fait des gouvernants et celle de leur droit de commander, ou, ce qui revient au même, celle de l'obéissance préalable à leurs commandements... L'important est beaucoup moins l'existence de fait des gouvernements que l'existence de droit du principe d'autorité. C'est une question de droit qui est posée et le tort de ce juriste est de ne l'avoir pas compris » (*Droit public,* 2e édit., p. 804).

Je comprends très bien que la question de savoir si les gouvernants ont, comme tels, le droit subjectif d'imposer leur volonté aux gouvernés puisse se poser, et je crois l'avoir dit à plusieurs reprises. Mais je prétends qu'elle est humainement insoluble, et que ce droit ne peut s'expliquer que par une intervention surnatu-

relle. Or, cette intervention, on peut y croire par un acte de foi philosophique ou religieuse, on ne peut pas l'affirmer scientifiquement. De fait, Hauriou le reconnaît bien quand il écrit : « Confessons cependant que le problème du principe d'autorité n'est pas aisé à résoudre, surtout dans les termes où nous le posons. D'une part, nous nous interdisons toute considération théologique, nous avons la prétention de nous appuyer uniquement sur l'ordre des choses; d'autre part, nous admettons qu'il est dans l'ordre des choses que les commandements du gouvernement soient parfois en conflit avec le droit établi, mais que dans cette hypothèse, le pouvoir politique n'en a pas moins le droit de commander, qu'il a droit à l'obéissance préalable jusqu'à ce que le conflit soit réglé, et que c'est en somme dans ce bénéfice du préalable que consiste le principe d'autorité (*Ibid.*, p. 806).

Je pourrai répondre que Royer-Collard, duquel Esmein a prétendu que ma doctrine dérivait directement, a dit : « La volonté d'un seul, la volonté de plusieurs, la volonté de tous, ce n'est que la force plus ou moins puissante. Il n'est dû à aucune de ces volontés, à ce seul titre de volonté, ni obéissance, ni le moindre respect » (Chambre des députés, séance du 4 oct. 1831).

Je ne dis pas autre chose. Il n'est venu à l'idée de personne de prétendre que Royer-Collard était un anarchiste; je ne vois pas pourquoi on me fait ce reproche. Mais je reconnais volontiers que ce n'est pas là une réponse et qu'il faut prendre corps à corps l'argumentation d'Hauriou. Ce n'est pas chose facile, car elle est singulièrement flottante.

Si je la comprends bien, elle se ramène à ceci : il est indispensable, pour qu'une société puisse vivre, qu'obéissance préalable soit donnée par les gouvernés à tout ordre formulé par les gouvernants, alors même que cet

ordre est contraire au droit, alors même qu'il y a conflit entre le droit formulé par les gouvernants et le droit établi, c'est-à-dire le droit tel qu'il découle du milieu social et qu'il existe dans la conscience des individus. Obéissance préalable et provisoire serait due aux ordres des gouvernants quels qu'ils soient, sauf revision ultérieure, si ces ordres ne sont pas conformes au droit établi. « Ainsi, conclut Hauriou, il y a des couches dans le droit positif ou plutôt des états du droit. Le droit positif est à l'état provisoire ou à l'état établi. A l'état provisoire, il s'appuie sur la seule autorité du pouvoir politique ; à l'état établi, il s'appuie, en outre, sur le fait même de la durée en paix et sur celui de l'adhésion préliminaire des sujets » (*Ibid.*, p. 810).

En vérité, je n'arrive pas à comprendre comment cela démontre que les gouvernants sont titulaires du droit subjectif d'imposer leur volonté comme telle. Je n'arrive pas à comprendre comment on démontre par là qu'ils ont le droit de créer une règle de droit qui serait contraire au droit objectif d'un pays donné. Hauriou me reproche d'avoir parfois manqué de logique. Je puis amplement lui retourner le reproche. Je comprends les doctrines allemandes d'après lesquelles les gouvernants, le *Herrscher,* créent seuls le droit et d'après lesquelles il n'y a pas de droit sans le *Herrscher,* au-dessus du *Herrscher* ou à côté du *Herrscher,* il y a seulement un droit par le *Herrscher.* Voilà qui est logique. Mais admettre la superposition d'un droit provisoire et d'un droit établi, n'est-ce pas le comble de l'illogisme ?

D'autre part, admettre avec Hauriou qu'obéissance préalable est due à tout commandement émané des gouvernants, cela implique-t-il l'existence du droit subjectif de puissance publique ? Assurément, on peut soutenir qu'il est dangereux pour le bon ordre social d'admettre que tout individu puisse légitimement

refuser l'obéissance aux ordres des gouvernants quand il estime qu'ils sont contraires à l'idée qu'il se forme du droit. Mais vraiment peut-on prétendre que telle soit la conséquence nécessaire de la doctrine que je défends? Je n'arrive pas à comprendre comment admettre qu'obéissance provisoire et préalable est due aux ordres quels qu'ils soient des gouvernants implique que ces ordres constituent par eux-mêmes des règles de droit et que les gouvernants aient par suite un droit de puissance publique. D'autre part, il n'est pas possible de placer sur le même plan, comme le fait Hauriou, les actes législatifs, les actes juridictionnels et les actes administratifs.

L'ordre des gouvernants, qui seul peut contenir une règle de droit, est l'ordre législatif, et encore celui-ci peut-il contenir une disposition normative ou une règle constructive (cf. t. I, §§ 6 et 7). Pour la loi normative, on peut très bien admettre que, dans un intérêt social, elle doit être présumée conforme, suivant l'expression d'Hauriou, au droit établi et qu'obéissance provisoire lui est due. Mais cela ne prouve nullement que le législateur qui l'a formulée ait un droit propre de puissance publique. C'est tout simplement une règle pratique que l'on peut admettre sans se placer en contradiction avec notre point de vue et sans que cela tire à conséquence, car s'il n'y a pas conformité d'une pareille loi avec la norme juridique véritable, elle restera de fait impuissante, sans force, et sera comme si elle n'était pas.

Quant aux lois constructives, on l'a montré au tome I, paragraphes 6 et 7, elles ne s'adressent qu'aux agents publics, et il est évident que tout agent doit obéissance aux dispositions législatives, dans la mesure réglée par cette disposition même. Ici encore il n'y a point la conséquence d'un droit de puissance publique appartenant

aux gouvernants exerçant la fonction législative, mais une règle d'organisation législative et judiciaire dérivant du principe de légalité. Au reste, si, comme je crois l'avoir démontré, les dispositions constructives tirent leur force, non pas de la prétendue puissance publique du législateur, mais de leur conformité à la norme juridique, et si la loi normative à laquelle elles se rattachent est contraire au droit, elles deviennent caduques, comme cette loi elle-même.

Quant aux décisions administratives et aux décisions juridictionnelles, nul ne conteste qu'elles tirent leur force uniquement de leur conformité à la loi et qu'obéissance ne leur est due que dans la mesure où elles lui sont conformes. Que pour éviter des troubles, on décide qu'il faut d'abord leur obéir et qu'ensuite on discutera devant les tribunaux compétents la légalité de ces décisions, c'est possible et c'est peut-être sage. Je suis disposé à croire que tel est l'état actuel de notre droit positif, au moins quand il n'y a pas une violation flagrante de la loi. Mais cela oblige-t-il à dire que l'auteur de cet acte administratif ou juridictionnel est titulaire d'un droit subjectif de puissance publique?

Je persiste à penser que l'acte illégal d'un gouvernant ou de ses agents est sans valeur et entraîne leur responsabilité, que les gouvernés ne seront protégés efficacement contre l'arbitraire des gouvernants, contre les lois injustes et tyranniques, contre les actes administratifs dictatoriaux que si le législateur est bien pénétré de cette idée que les lois ne s'imposent à l'obéissance des citoyens que si elles sont conformes au droit supérieur qui s'impose à lui, législateur, et que si les administrateurs savent que toute illégalité commise par eux entraîne leur responsabilité personnelle.

Hauriou plaisante mon optimisme, qu'il compare à celui de Proudhon, de Bakounine, de Kropotkine,

d'Élisée Reclus, de Jean Grave. Ceux d'entre eux qui vivent encore seront certainement bien étonnés de me voir placé dans leur compagnie ; et j'ai de bonnes raisons de croire qu'ils me considèrent comme un ennemi et non comme un allié. Je crois, en effet, que je défends bien plus utilement la puissance de l'État en disant qu'elle n'est pas un droit, mais une fonction et un devoir, qu'on ne lui doit obéissance que s'il exerce cette fonction et remplit ce devoir, bien mieux, dis-je, qu'en proclamant solennellement le prétendu principe d'autorité, vide de sens et de contenu. Il en est de la puissance politique comme de la propriété. On a beau crier que la propriété est un droit ; on est impuissant à la défendre contre les attaques des communistes. On ne la sauvera qu'en montrant qu'elle est une fonction impliquant des devoirs, et que le propriétaire ne peut exercer ses prérogatives que dans la mesure où il exerce sa fonction et remplit ses devoirs. On a beau crier que le principe d'autorité existe, que les gouvernants ont le droit subjectif de commander, personne n'y croira, si l'on n'affirme pas que les gouvernants ont des devoirs et n'ont point de droits, et qu'ils ne peuvent commander que dans la mesure où il les remplissent.

A la page 27, note 1, de la neuvième édition de son *Précis de droit administratif*, 1919, Hauriou déclare qu'il ne veut pas s'éterniser sur la démonstration et qu'il a démontré une fois pour toutes que ma doctrine est une doctrine anarchiste. Il ajoute que je prétends qu'elle est réaliste, à tort parce qu'elle néglige un élément essentiel de la réalité, le pouvoir politique, qui, dit-il, est lui-même un fait, le pouvoir politique qui se distingue bien de la force.

Avant de répondre à cette critique d'Hauriou, je tiens à rappeler encore une fois qu'en disant que la puissance politique est un fait de plus grande force, je n'ai

pas seulement en vue la force matérielle, que cette plus grande force se compose d'éléments très divers, suivant les pays et les temps, éléments d'ordre matériel, d'ordre moral, d'ordre religieux. Je crois, au reste, qu'Hauriou ne me reproche pas de l'avoir méconnu, mais seulement de n'avoir pas compris que, au même titre que la force, le pouvoir politique, conçu comme droit, est un fait, et que le fait force et le fait pouvoir sont bien distincts.

En quoi consiste donc la différence d'après Hauriou? En ceci : « La force se transforme ; elle devient du pouvoir ; le pouvoir est de la force capitalisée qui agit par influence sans se dépenser en voie d'exécution... Le pouvoir se dépense sous forme de pouvoir de volonté dans des commandements, des ordres, des décisions... Le pouvoir de l'homme est un pouvoir de volonté raisonnable... La théorie du pouvoir collectif n'est pas très différente de celle du pouvoir individuel. La distinction entre la force et le pouvoir est la même... La force publique, civile ou militaire, est soigneusement écartée du pouvoir de décision... De son côté, le pouvoir politique n'est qu'un pouvoir de volonté qui n'exécute pas par lui-même jusqu'à l'exécution forcée... Ainsi le pouvoir collectif ou pouvoir politique est lui aussi une force au repos qui se transforme en un capital de pouvoir de volonté en qui la réflexion et la raison peuvent se glisser » (*Ibid.*, p. 25).

En vérité, je n'arrive pas à comprendre comment, par ces formules mystérieuses, Hauriou prétend démontrer qu'il existe un pouvoir politique constituant un droit subjectif et rendant par lui-même légitime l'emploi de la contrainte étatique.

Il est bien évident que tout acte d'exécution implique l'existence d'un acte de volonté dont il n'est que la mise en œuvre. Il est non moins évident que dans les

États modernes, il s'est produit une séparation entre ceux qui veulent que la contrainte intervienne et ceux qui font des actes d'exécution contraignante. Mais cela est-il une preuve que ceux qui ordonnent des actes de contrainte sans les accomplir eux-mêmes sont titulaires d'un droit subjectif de puissance publique? Je n'arrive pas à le croire. Hauriou ne le croit pas lui même, puisqu'il ajoute que ce pouvoir des gouvernants n'est légitime que dans trois cas : celui d'une investiture divine; celui d'une prescription résultant de la transmission paisible par succession pendant un long temps; celui enfin d'une élection représentative. C'est un retour pur et simple aux doctrines traditionnelles dont je crois avoir fait justice. Cf. t. I, p. 408 et s.

Ce qu'il y a de vrai, et dans ses formules obscures Hauriou ne dit pas autre chose, c'est que la croyance chez les gouvernés que les gouvernants ont une investiture divine, ou bien qu'ils ont légitimement acquis leur pouvoir par prescription, ou encore qu'ils sont les représentants de la collectivité, est un fait qui leur donne une force d'action irrésistible. Ce fait de croyance, il me semble que je ne l'ai point négligé, que je l'ai mis à maintes reprises en relief. Seulement, je ne puis admettre que ce fait donne un droit aux gouvernants; il leur donne une plus grande force et rien de plus. Quand cette croyance existe, les gouvernants sont mieux obéis. Mais il n'en résulte pas, il ne peut pas en résulter qu'ils aient un droit subjectif quelconque et que leurs commandements deviennent légitimes en vertu de ce prétendu droit. Après comme avant, ils ne seront légitimes que s'ils sont conformes au droit objectif qui s'impose à tous.

V. spécialement les critiques dirigées par Hauriou contre ma doctrine, *Principes du droit public*, 2e édit., 1916, Appendice, p. 798. Cet appendice est extrait d'un article publié dans la *Revue de législation de Toulouse*, 1911, sous le titre : *Les idées de*

M. Duguit. V. encore *Précis de droit administratif*, 9e édit., 1919, p. 24 et s., note 1, et p. 27 et s., note 1. Cf. ce que j'ai déjà répondu à Hauriou au t. I, p. 404 et s.

Hauriou prétend aussi que dans l'exposé des faits desquels j'induis que, d'une manière générale, un système de droit objectif et réaliste tend à se substituer à un système de droit subjectif et métaphysique, j'ai donné une enquête « singulièrement unilatérale », et il cite, page 28, note 3, quelques faits d'où il semble résulter que l'évolution s'accomplit en sens contraire.

Incontestablement, il est facile de citer des faits où dominent, suivant l'expression d'Hauriou, le subjectif, l'individuel sur l'objectif, le social. Les faits sociaux sont trop entremêlés, l'évolution sociale est trop complexe, Hauriou le sait bien, pour qu'il n'en soit pas ainsi. Mais il s'agit de déterminer le caractère dominant de l'évolution actuelle. Or, il me paraît difficile de prétendre que les sociétés modernes, et spécialement la société française, évoluent vers l'individualisme. Hauriou lui-même oserait-il l'affirmer? Mais à tout prendre, c'est une question d'ordre général, étrangère à la théorie de l'État. Au tome I, chapitre I, je me suis expliqué longuement sur la manière dont je comprends la formation et l'évolution du droit et je demande la permission d'y renvoyer le lecteur.

Carré de Malberg, dans son beau livre *Théorie générale de l'État*, I, 1920, me reproche de méconnaître, en niant la personnalité de l'État, ce qu'il appelle, à la suite de Saleilles et de Michoud, la réalité juridique. « Cet auteur, écrit-il à mon sujet, oublie l'ordre juridique établi, en vertu duquel cette volonté individuelle des gouvernants vaut comme volonté organisée de la collectivité. Là est la lacune de toute sa théorie, et c'est pourquoi celle-ci, bien que vraie peut-être à certains égards, demeure dénuée de valeur du point

de vue spécial de la science du droit » (p. 36, note 1).

Quel aveu! Oui, dans la réalité, il n'y a pas de personnalité étatique; mais il y en a une au point de vue spécial de la science du droit. Qu'est-ce donc que cette prétendue science du droit qui n'est pas une science du réel, cette science qui crée de toute pièce des entités, qui n'existent pas dans la réalité? Quelle singulière idée se forme donc de la science notre collègue qui, semble-t-il, n'accepte même pas la réalité juridique conceptuelle à la manière de Saleilles, qui voit dans la personnalité de l'État une pure création de l'ordre juridique établi. Mais qui donc établit l'ordre juridique? L'État et seulement l'État, enseigne Carré de Malberg : « Dans l'ordre de la réalité sociale, écrit-il à la page 57, il ne peut exister de droit proprement dit antérieurement à la loi de l'État... » Or, l'État, dit-il, n'existe comme personne que par le droit établi; mais l'État seul peut établir le droit; il établit donc avant même que d'exister le droit qui consacre sa personnalité juridique. Cercle vicieux, dont je mets Carré de Malberg au défi de sortir.

Enfin, pour démontrer contre moi que l'État est investi d'un droit de puissance publique, le même auteur raisonne ainsi : « Par l'effet de l'organisation étatique prise par la collectivité, la volonté des individus organes devient juridiquement, c'est-à-dire en vertu de l'ordre juridique établi dans la collectivité, une volonté d'une essence supérieure et qui, comme telle, s'impose. »

Ainsi ce qui fait, d'après Carré de Malberg, que la puissance publique existe, c'est que ses organes, les gouvernants, reçoivent cette puissance de l'ordre juridique; en un mot, l'État a la puissance publique, parce que l'ordre juridique la lui donne. Or, on vient de voir que dans la doctrine de l'auteur, l'ordre juridique est

une création de l'État. C'est donc l'État qui, lui-même, se donne la puissance publique. Mais pour se donner la puissance publique, il faut d'abord qu'il existe ; et il n'existera que lorsqu'il aura la puissance publique. Nouveau cercle vicieux, dont je mets encore au défi l'auteur de sortir.

D'ailleurs, il serait puéril de le dissimuler, une divergence de vue fondamentale me sépare de Carré de Malberg. Tout son livre est, en effet, dominé par deux idées : d'une part, que le droit est une création de l'État, qu'il n'y a de règle de droit que celle formulée et sanctionnée par l'État ; que, d'autre part, le but essentiel de l'État est la puissance publique, « que la collaboration des gouvernants et des gouvernés ne constitue qu'un moyen, le but restant la puissance de l'État » ; que, par conséquent, celle ci n'a d'autre limite juridique que celle qu'elle s'impose à elle-même (Introduction, p. XVIII ; p. 233 et 234).

En un mot, Carré de Malberg adopte comme point de départ de toute sa doctrine de droit public les théories allemandes de la *Herrschaft* et de l'auto-limitation de l'État. Il est vrai qu'il ajoute : « Quant à la *Herrschaft* elle-même, le tort de la doctrine allemande n'est point d'avoir présenté cette puissance comme le critérium juridique de l'État ; ... il est, en réalité, dans l'abus que les Allemands ont fait de leur théorie de puissance... Lorsque le juriste se trouve amené à constater que le droit positif moderne repose sur la puissance de l'État, cela ne signifie pas qu'en dehors de cet ordre positif il ne puisse concevoir aucune espèce de précepte idéal régissant les peuples, les gouvernants et les individus..., tout en maintenant le principe d'autorité et le pouvoir de commandement ; il faut donc réserver la part de la morale à côté et au dessus de celle du droit effectif » (Introduction, p. XIX et XX).

Je dis au contraire, et plus j'avance en âge, plus j'affirme énergiquement que le droit existe comme règle impérative au-dessus et indépendamment de l'État, que la règle de droit est une création spontanée du milieu social, de la conscience sociale ou, si l'on préfère, de la somme des consciences individuelles, qu'elle s'applique telle quelle à tous les individus, aussi bien aux gouvernants qu'aux gouvernés, que si la règle de droit est une création arbitraire de l'État, son étude ne vaut pas une minute d'effort, que si l'on oppose la morale sociale au droit, on crée une règle morale sans force et un droit sans valeur morale, que les idées dont s'inspire Carré de Malberg conduisent fatalement, malgré qu'il en ait, à reconnaître la puissance sans limite de l'État et à donner un fondement juridique à la politique d'absolutisme à l'intérieur et à la politique de conquête à l'extérieur. Il n'est pas vrai de dire, comme le fait Carré de Malberg, que les juristes allemands « n'aient signalé, reconnu et honoré, à la base des sociétés politiques, d'autres sources de règle de conduite que la volonté de l'État ». C'est vrai pour les théoriciens politiques comme Treitschke; ce n'est pas vrai pour les juristes. Ceux-ci, comme Carré de Malberg, s'attachent tous à déterminer le domaine respectif du droit et de la morale. Il n'y a peut-être pas une page des œuvres de Jellinek, pour ne citer que celui-là, où ne se trouve cette affirmation que sans doute la règle de droit est une pure création de l'État, mais qu'au-dessus des règles de droit, il y a des règles de morale, ce que l'auteur appelle le domaine métajuridique. Seulement, quoi qu'on fasse, les idées ont en elles-mêmes une force intrinsèque conduisant à des conséquences auxquelles on ne peut échapper. Carré de Malberg a beau se raccrocher à une morale supérieure s'imposant à l'État comme aux individus, il ne fera pas que si l'État, par sa toute-puissance,

crée le droit, on puisse lui refuser d'imposer l'obéissance à une règle manifestement contraire à la morale. L'auteur reconnaît d'ailleurs que la solution du problème est impossible. « Seule, dit-il, la droiture foncière des peuples et de leurs gouvernants peut fournir à ce problème des éléments efficaces d'atténuation relative, à défaut de véritable et complète solution. »

Cet aveu me confirmerait encore davantage, s'il en était besoin, dans ma conception du droit et de l'État.

Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, I, 1920, Introduction et p. 11 et s. A la page 18, Carré de Malberg rappelle que j'ai écrit mon ouvrage en deux volumes, *L'État*, 1901-1903, pour nier la personnalité juridique de l'État, et il ajoute : « En Allemagne, le principal représentant de cette doctrine est Seydel. » A la page 19, il écrit : « Seydel a été suivi et dépassé par Bornhak..., Duguit s'exprime de la même manière. » Cela semble indiquer que dans la pensée de Carré de Malberg ma doctrine est identique à celle de Seydel. Je proteste énergiquement. Les deux doctrines sont aux antipodes. Sans doute, nous nions l'un et l'autre la personnalité collective de l'État; mais Seydel la nie pour donner au prince un droit de puissance sans restriction, et je la nie pour refuser et au prince et à l'État tout droit de puissance et limiter étroitement l'activité des gouvernants.

Je dois signaler les critiques très justes que Carré de Malberg adresse aux auteurs qui, comme Hauriou et Berthélemy, nient la personnalité de l'État exerçant des droits de puissance et l'admettent lorsque l'État entre en relations avec d'autres personnalités et particulièrement lorsqu'il exerce son activité patrimoniale. Carré de Malberg dit très justement, à la suite de Michoud : « Il n'y a pas d'actes de l'État qui ne soient des actes de l'État sujet de droit; la personnalité est chose indivisible; il n'est pas croyable que dans l'exercice de certaines activités l'État soit une personne et qu'il cesse de l'être dans d'autres domaines. »

Michoud et Carré de Malberg ont tout à fait raison. Ou bien l'État est une personne juridique, et il l'est toujours dans toutes les manifestations de son activité; ou il n'est pas une personne juridique, et il ne l'est jamais dans aucune de ses manifestations.

A l'étranger, ma théorie de l'État a rencontré aussi des cri-

tiques qu'il est impossible de passer en revue et qui d'ailleurs se ramènent à peu de chose près à celles qui m'ont été adressées par les auteurs français précités. Je cite spécialement Mengel, *Eine realistische Staatstheorie,* dans *Œsterreichische Zeitschrift für Œffentliches Recht,* 1914, p. 114 et s. L'auteur adopte en fin de compte une doctrine conceptualiste. Il écrit : « L'État est ce pourquoi on le tient; et par *on,* on doit naturellement comprendre les hommes représentant l'opinion publique. Ainsi la théorie de la personnalité n'est pas, comme le pense M. Duguit, une fausse théorie; elle forme pour nous, hommes modernes, l'expression d'un processus psychique réel. Il n'en est pas autrement de la notion de souveraineté. Aussitôt que règne la conception que la puissance de l'État est en principe illimitée, alors elle est une réalité. Les catégories vraies et fausses ont pour le domaine de la théorie de l'État, comme pour l'ensemble des sciences sociales, une valeur limitée. En cela, il y a un caractère distinctif des sciences sociales. »

Cela revient à dire que le fait social est exclusivement une croyance. Conception inadmissible à mon sens. Ce qui est vrai, c'est que les croyances populaires sont des faits, des faits, je l'ai dit bien souvent, que le juriste sociologue ne peut pas négliger. Mais derrière ou à côté de ces croyances, il y a des réalités sociales qu'il doit dégager; et il lui appartient de dire si ces croyances répondent ou non à des réalités. Si le législateur et le juriste veulent édifier leurs constructions uniquement sur des croyances, sans rechercher ce qu'elles contiennent de réalité, ils s'exposent à bâtir dans les nuées. Croyances chimériques, dogmes arbitraires et artificiels qui mènent souvent les peuples à leur ruine.

Cf. Karl Strupp, *Compte rendu* de la première édition de mon *Traité de droit constitutionnel, Archiv des Öffentliches Rechts,* XXX, 1913, p. 488 (tirage à part).

Ma doctrine n'a point échappé aux publicistes américains, cf. Mathews, *Duguit's political theorie, Political science Quarterly,* juin 1909, p. 284.

On trouvera dans la *Revista generale de legislation y jurisprudencia,* Madrid, 1919, un article de Jardon, *Las theorias politicas de Duguit* (tirage à part), qui critique très vivement ma doctrine. Cf. Posada, *La nueva orientation del derecho politico,* introduction de la traduction espagnole de mon livre *Droit social, droit individuel,* 1909.

Pour les critiques de ma conception générale du droit, cf. le

t. I, p. 27 à 35. On les trouvera formulées notamment par Gény, *Science et technique en droit privé positif*, I, 1915, p. 271 et s.; Davy, *L'idéalisme et les conceptions réalistes du droit*, *Revue philosophique*, mars-avril 1920, p. 276, article passé dans le volume intitulé *Le droit, l'idéalisme et l'expérience*, 1922; Laskine, *La transformation du droit au XIXe siècle*, *Revue de métaphysique*, 1914, p. 224 et s.; Archambault, Compte rendu de mes livres dans la *Revue du Père Laberthonnière*, 1910 (tirage à part); Gavet, *Yale Law Review*, 1918; Bonnecase, *L'idée du droit au XIXe siècle*, 1919; Forti, *Il realismo del diritto publico*, 1903, très important travail dans lequel l'auteur discute en détail et avec bienveillance ma doctrine telle qu'elle était exposée dans mon livre, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, 1901.

Sur la science du droit, son fondement et sa méthode, il n'est pas inutile de citer le gros ouvrage qui vient de paraître, A. Baumgarten, *Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode*, 2 vol., Genève, 1920-1922.

Je crois avoir répondu dans le tome I à ces diverses critiques. Mais je l'ai déjà dit à plusieurs reprises, j'estime qu'en fin de compte peu importe le fondement qu'on donne au droit; l'important est d'affirmer énergiquement qu'il existe une règle de droit antérieure et supérieure à l'État et qui s'impose à lui.

§ 10. — *La théorie ordinaire de la souveraineté.*

Pour achever d'édifier et de défendre ma doctrine, le mieux est d'exposer la théorie ordinaire de la souveraineté, et de montrer tout ce qu'elle a d'artificiel, de contradictoire et les controverses sans fin qu'elle traîne à sa suite.

Dans la doctrine encore dominante en France, la souveraineté est la puissance commandante de l'État. Elle est la volonté de la nation; et la nation étant organisée en État, elle devient la puissance commandante de l'État, ou le droit d'adresser des ordres *inconditionnés* à tous les individus se trouvant sur son territoire.

On verra au paragraphe suivant que pour un bon

nombre d'auteurs la souveraineté n'est pas la puissance de l'État, mais un certain caractère qu'a parfois la puissance de l'État, le caractère de ne dépendre d'aucune autre puissance, et qu'ainsi il y a des États souverains et des États non souverains. Tel était assurément le sens originaire du mot souveraineté ; mais aujourd'hui, dans la doctrine française, le mot souveraineté est employé comme synonyme de puissance publique.

Esmein, qui exprime bien la doctrine française dominante, écrit : « L'État est la personnification juridique d'une nation ; c'est le sujet et le support de l'autorité publique. Ce qui constitue en droit une nation, c'est l'existence, dans une société d'hommes, d'une autorité supérieure aux volontés individuelles. Cette autorité, qui naturellement ne reconnaît point de puissance supérieure ou concurrente quant aux rapports qu'elle régit, s'appelle la *souveraineté*. Elle a deux faces : la *souveraineté intérieure*, ou le droit de commander à tous les citoyens composant la nation et même à tous ceux qui résident sur le territoire national ; la *souveraineté extérieure*, ou le droit de représenter la nation et de l'engager dans ses rapports avec les autres nations » (*Droit constitutionnel*, 5e édit., 1909, et 7e édit., publiée par Nézard, 1921, p. 1).

C'est de la souveraineté ainsi comprise que parlent nos constitutions et nos Déclarations des droits dans des articles souvent cités (Déclaration des droits de 1789, art. 3 ; Constitution de 1791, tit. III, pr., art. 1er ; Déclaration des droits de 1793, art. 23 et 25 ; Constitution de 1793, art. 7 ; Déclaration des droits, an III, art. 17 et 18 ; Constitution de l'an III, art. 2 ; Constitution de 1848, art. 1er et 18).

Dans cette souveraineté ainsi conçue, on distingue trois éléments. La souveraineté est : 1° un pouvoir de vouloir ; 2° un pouvoir de commander ; 3° un pouvoir de commander indépendant.

1° *La souveraineté est un pouvoir de vouloir.* — Dans la conception française, la souveraineté originaire appartient à la collectivité, à la nation, c'est-à-dire qu'avant que la nation soit organisée en État, elle est une personne possédant une volonté, et cette volonté est souveraine. Par un phénomène du reste inexpliqué, lorsque la nation s'organise en État, cette volonté de la nation se communique à l'État, bien que dans sa substance elle reste à la nation. Ou si l'on veut, plus simplement, la nation ne se distingue pas de l'État, qui est la nation organisée fixée sur un territoire, et la souveraineté, c'est la volonté de l'État-nation. La souveraineté est pour l'État-personne ce qu'est la volonté pour l'individu-personne.

La souveraineté étant conçue comme un pouvoir de volonté de l'État, il en résulte qu'elle est par là même conçue comme un droit subjectif dont l'État est titulaire. Quoi qu'on fasse, on est toujours obligé de ramener la notion du droit subjectif à celle d'un pouvoir de volonté (cf. t. I, chap. II). Quelque fondement que l'on donne au droit subjectif, on ne peut dire d'une personne qu'elle a un droit subjectif que lorsqu'elle peut vouloir effectivement une certaine chose, et que la volonté exprimée en vertu de ce pouvoir s'impose comme telle à d'autres volontés. Or, c'est précisément avec ce caractère que nous apparaît la souveraineté; elle est donc un droit subjectif dont le titulaire est l'État.

Ce caractère de la puissance publique, conçue comme droit subjectif de la personne État, est accepté par la plupart des jurisconsultes qui ont écrit de nos jours sur le droit public : en Allemagne par Gerber, le précurseur de la théorie du droit public aujourd'hui dominante en Allemagne (*Staatsrecht*, 3e édit., 1880); Jellinek, *System der subjecktiven Rechte*, 1893 et 1905 et *Allgemeine Staatslehre*, 1901 et 1905; Laband, *Droit public*, édition française, I, 1900; Rehm, *Staatsrecht*, dans *Handbuch* de Marquardsen, 1900; en Amérique, par Burgess, *Political science*, I, p. 52; Giddings, *Sovereignity and government*, *Political science quarterly*,

XXI, 1906, n° 1; en Italie, par Orlando, *Principes de droit public* (trad. Bouyssy et Mestre), 1902, et Orlando, *Le theorie fondamentali,* dans *Diritto amministrativo italiano,* I, p. 3 et s., p. 17 et s. Cf. Forti, *Il realismo nel diritto publico,* 1903 (très important travail où l'auteur a bien voulu discuter en détail les solutions proposées dans mon livre, *L'État, le droit objectif et la loi positive,* 1901) et Biglioti, *Diritto internazionale e diritto constituzionale,* 1904. V. aussi Seidler, *Das juristische Kriterium des Staates,* 1905; Affolter, *Zur Lehre von der Personlichkeit des Staats, Archiv des öffent. Rechts,* XX, 1905, p. 374; Krabbe, *Die Lehre der Rechtssouveränetat,* 1906, œuvre très intéressante; Rosemberg, *Ueber dem Staatsbegriff, Zeitschrift* de Tübingen, 1909, p. 1. En Belgique, Orban, *Le Droit constitutionnel,* 1906, I, p. 233 et s. En France, Esmein, *Droit constitutionnel,* dans toutes les éditions; cf. spécialement septième et dernière édition, publiée par Nézard, 1921, particulièrement l'Introduction; Hauriou, *Droit administratif* et *Principes du droit public,* déjà souvent cités, particulièrement *Droit administratif,* 10e édit., 1921, p. 16 et s., pour ce qu'Hauriou appelle le *pouvoir* administratif; *Id., La souveraineté nationale,* 1911; Moreau, *Droit constitutionnel,* toutes les éditions, et spécialement la dernière et 8e édition, 1920, p. 10 et s.; Carré de Malberg, dans son beau livre déjà souvent cité, *Contribution à la théorie générale de l'État,* I, 1920, consacre de nombreuses pages à la puissance publique considérée comme droit subjectif de l'État. Il distingue très nettement les différents sens dans lesquels est employé le mot souveraineté, la souveraineté désignant dans la doctrine française la puissance de l'État et dans la doctrine allemande un caractère particulier de la puissance de certains États, p. 69 et s. Cf. *infra,* § 11.

Michoud (*Théorie de la personnalité morale,* 1re partie, 1906, p. 265 et s., p. 291 et s., et 2e partie, 1909, p. 48 et s.) développe longuement cette idée que la puissance publique est le droit de commander et que ce droit a pour titulaire l'État personne juridique, et il essaie de classer les diverses prérogatives qui se rattacheraient à ce droit général de puissance publique. Avec Moreau, il distingue dans le droit de puissance de l'État : 1° le droit de s'organiser; 2° le droit d'autorité pure; 3° les droits publics patrimoniaux ou quasi patrimoniaux (droits d'impôts, de domaine public). Je ne comprends guère l'utilité de ces distinctions et j'aperçois les controverses inutiles qu'elles soulèvent. Pour les questions de compétence dans le droit positif français, on verra, § 55, qu'elles peuvent se résoudre très facilement sans avoir recours à ces distinctions.

Cf. l'intéressante étude critique de Le Fur, *L'État, la souveraineté et le droit, Zeitschrift für Völkerrecht*, 1906, p. 13 et tirage à part; *Id., La souveraineté et le droit, Revue du droit public*, 1908, p. 412; Turgeon, *Une définition de l'État et de sa souveraineté, Revue du droit public*, 1899, I, p. 72; Villey, *La souveraineté nationale, son fondement, sa nature et ses limites, Revue du droit public*, 1904, p. 5 et tirage à part; Hauriou, *La souveraineté nationale*, 1912.

Pour se rendre compte des prodiges de subtilité auxquels on est obligé d'en arriver avec la notion de souveraineté droit subjectif de l'État, on peut lire l'article de M. Dante Majorana, *Le droit public subjectif, Revue de législation de Toulouse*, 1906, p. 1 et s.

2° *La souveraineté est un pouvoir de commander.* — L'État a le pouvoir de vouloir et d'imposer sa volonté. Ce pouvoir appartient à tout sujet de droit voulant dans les limites de sa sphère juridique. Toute personne individuelle ou collective peut imposer sa volonté à d'autres volontés, quand elle veut ce qu'elle a le pouvoir juridique de vouloir. L'État a ce pouvoir; mais il a plus que ce pouvoir : il a le pouvoir d'imposer sa volonté comme volonté commandante. Les manifestations de sa volonté ont le caractère impératif; elles sont des ordres.

La volonté de l'État est supérieure aux autres volontés se trouvant sur son territoire; elle est une volonté commandante; elle n'est pas seulement une *volonté* juridique, elle est une *puissance* juridique; la volonté de l'État est par sa nature même supérieure à toute autre volonté individuelle ou collective se trouvant sur son territoire.

Cette conception de la souveraineté, puissance commandante de l'État, soulève dans l'application des difficultés insolubles. Si, comme on le dit, par sa nature même, la volonté de l'État est une puissance, une souveraineté, elle ne peut jamais perdre ce caractère; l'État, au moins sur son territoire, ne peut jamais

intervenir que comme puissance publique, et tous ses actes seront des actes de puissance publique, c'est-à-dire des actes unilatéraux et contenant un commandement s'imposant comme tel. Or, cela est absolument contraire aux faits. Il arrive constamment que l'État n'agit pas comme puissance publique, qu'il fait des actes qui n'ont pas le caractère de commandement. Il suffit d'indiquer à titre d'exemple les nombreux contrats de droit interne que fait l'État. Comment l'État, qui est par définition même la puissance, peut-il être lié par un contrat, et par là ne cesse-t-il pas d'être puissance publique?

Le problème n'a point échappé aux publicistes. Mais ils se sont efforcés en vain de lui donner une solution.

Une doctrine, qui jusqu'à ces derniers temps a été très accréditée en Allemagne, résout la difficulté en disant que l'État est *un*, mais *un* en deux personnes, une personne de puissance publique qui, lorsqu'elle intervient, agit par voie de commandement et une personne *fiscale* (le *fiscus*) qui, elle, n'est point investie de la puissance publique et fait des actes juridiques ordinaires, des contrats notamment, qui n'ont point le caractère d'ordre. Cf. Hatschek, *Die rechtliche Stellung des Fiscus im bürgerlichen Gesetzbuch,* 1899; Code civil allemand, art. 89. Ducroq enseigne une doctrine qui se rapproche beaucoup de la théorie allemande de l'État-fisc, *Droit administratif,* 7e édit., II, p. 19 et s. S'il est déjà difficile de démontrer que l'État est une personne, il est encore plus difficile, sinon impossible, d'établir qu'il y a en lui deux personnes. Il y aurait là un mystère de la dualité dont on est dans l'impossibilité absolue de donner l'explication. Cette notion de l'État conçu comme *fisc* est une survivance injustifiable de la patrimonialité de la souveraineté.

En France, cette théorie n'a jamais eu grand crédit. Pour résoudre le problème, Hauriou enseigne que l'État est la plus forte des personnes administratives, et comme toute personne administrative, il a une personnalité qui contient de la puissance publique au premier chef et en même temps de la capacité privée, qu'ainsi la personnalité de l'État est complexe, possède une double capacité (*Droit administratif,* 6e édit., 1907, p. 393-395). Dans la septième édition, 1911, Hauriou écrit : « Sans doute la

personnalité juridique ne naît qu'à l'occasion des biens et du patrimoine... ; mais une fois constituée, cette personnalité ne demande qu'à s'étendre..., et d'une certaine façon, la personnalité juridique des administrations publiques envahit tout le domaine de la puissance publique... » (p. 119 et 120, note 1). Dans la dixième édition de son *Droit administratif*, 1921, p. 89 et s., Hauriou admet très nettement la personnalité une de l'État, mais dans laquelle, suivant le cas, le caractère puissance publique ou le caractère patrimonial occupe la place prééminente. Il écrit notamment : « Toute personnalité administrative contient la personnalité de droit commun qui correspond sensiblement à la sphère du droit patrimonialisé... ; ensuite, la personnalité administrative se dilate plus ou moins dans la sphère des droits de puissance publique non patrimonialisés ; sans doute alors, elle ne se manifeste pas par le signe de la propriété, mais elle se manifeste par celui des responsabilités encourues à la suite de l'exercice de droits. » Hauriou fait observer très justement que sa doctrine est aussi celle de Michoud. Rapp. Hauriou, *Ibid.*, p. 464, note 1.

Michoud a précisé ses idées dans son livre *La théorie de la personnalité morale*, 1re partie, 1905. Il écrit : « L'État puissance publique et l'État personne morale de droit privé constituent un seul et même sujet de droit... En matière de contrat, il est inadmissible que l'État puissance publique puisse violer sans indemnité le contrat passé par l'État personne privée. Les deux actes, contrat et acte d'autorité, sont faits en vue du même intérêt collectif et par conséquent pour le compte de la même personne... Sans doute il peut être utile, à certains points de vue, de distinguer dans l'État les *deux faces de sa personnalité* et nous essaierons nous-même de le faire plus tard... » (p. 271, 275 et 276). Dans la deuxième partie, p. 47 et s., il distingue et étudie séparément les droits de puissance publique et les droits privés appartenant à l'État et à d'autres personnes morales.

Cette personnalité *complexe* ou *à double face* telle que l'admettent Hauriou et Michoud me paraît aussi mystérieuse que la double personnalité des juristes allemands.

Jellinek, qui n'admet pas la doctrine du fisc, expose toute une théorie sur les contrats de l'État, qui peut se résumer ainsi. Sans doute l'État peut imposer des prestations par son *imperium*, mais ce droit a une limite ; par suite de la *reconnaissance d'un statut négatif* des sujets de l'État, il y a nécessairement un domaine dans lequel l'État et l'individu sont indépendants l'un de l'autre

sur la base de l'ordre juridique existant. Si l'État veut, sans changer l'ordre existant, se servir du statut négatif de l'individu, le contrat est le seul moyen juridique de le faire (Jellinek, *System*, 1905, p. 203 et s.; cf. *ibid.*, p. 8, la définition du *statut négatif*). Cette doctrine ne résout pas le problème. Dans la pensée de l'auteur, ce *statut négatif*, ce statut de liberté, est créé par la volonté seule de l'État. Cela revient à dire que l'État, par sa faculté d'auto-détermination et d'auto-limitation, détermine les cas où il agira par voie de commandement et ceux où il ne pourra intervenir que par voie de contrat. Sans discuter la théorie de l'auto-limitation, il me semble bien qu'elle n'explique pas comment l'État, qui a fait un contrat, peut être lié par ce contrat sans cesser d'être une puissance souveraine.

La conception individualiste, qui est encore dominante dans le droit positif français et dans la doctrine française, explique assez bien le caractère obligatoire des contrats de l'État. Par suite de l'existence de droits intangibles appartenant à l'individu, il est un domaine où l'État ne peut intervenir comme puissance commandante, et dès lors, si l'État intervient dans un pareil domaine, il ne peut le faire que comme personne égale à celle avec laquelle il entre en relation ; par conséquent, il intervient alors par voie de contrat, et ce contrat l'oblige parce que, s'il ne l'obligeait pas, il y aurait une atteinte aux droits de l'individu qui s'imposent au respect de l'État. Le raisonnement se tient incontestablement, si du moins on admet la conception individualiste. Cependant, même en raisonnant dans cette hypothèse, on n'explique pas ainsi, me semble-t-il, comment l'État peut cesser d'être, à certains moments, une puissance commandante. La doctrine individualiste permet d'établir une limitation à la souveraineté de l'État, mais elle n'explique point comment l'État, qui est de nature et par définition une puissance, peut cesser de l'être à un moment donné. Pour les contrats faits par l'État, cf. ce que je dis au t. I. p. 534 et s., et ce qui sera dit dans la suite de cet ouvrage.

3° *La souveraineté est un pouvoir de commander indépendant.* — C'est un point sur lequel s'accordent tous les auteurs qui admettent la notion de puissance souveraine de l'État. Ils emploient des formules diverses ; mais l'idée qu'ils expriment est toujours la même. L'indépendance consiste en ce que la volonté de l'État, puissance souveraine, commandant sur un certain terri-

toire, ou plus exactement commandant aux hommes qui se trouvent sur un territoire donné, ne rencontre aucune volonté supérieure à elle-même, et fixe elle-même librement les motifs déterminants de ses actes.

Esmein, voulant déterminer le caractère de l'autorité étatique, écrit : « Cette autorité (autorité supérieure aux volontés individuelles), qui naturellement ne reconnaît point de puissance supérieure ou concurrente quant aux rapports qu'elle régit, s'appelle la souveraineté. Elle a deux faces : la souveraineté intérieure ou le droit de commander à tous les citoyens composant la nation et même à tous ceux qui résident sur le territoire national ; la souveraineté extérieure ou le droit de représenter la nation et de l'engager dans ses rapports avec les autres nations. » Esmein ajoute que la souveraineté a pour titulaire l'État, qui se confond avec elle parce qu'elle est son caractère essentiel (*Droit constitutionnel,* p. 1 et 2).

Ce caractère d'indépendance qu'on attribue à la souveraineté prise comme synonyme de puissance étatique, les auteurs allemands la définissent par des formules un peu scolastiques, mais assurément très énergiques et tout à fait adéquates à l'idée qu'on veut exprimer. Ils disent que le propre de la puissance étatique est de ne jamais se déterminer que par elle-même, c'est-à-dire de tirer toujours d'elle-même les motifs qui la déterminent à agir et à agir dans tel ou tel sens.

Ils disent encore que la puissance souveraine de l'État a la compétence de la compétence, c'est-à-dire qu'elle détermine elle-même l'objet et l'étendue de son action. Évidemment elle n'est indépendante qu'à cette condition. Si elle ne déterminait pas elle-même le domaine de son action, elle dépendrait d'une autre volonté et, par conséquent, ne serait pas une puissance de domination.

Cf. spécialement Laband, *Droit public,* édition française, I, 1900, p. 112 et 113; Rehm, *Staatsrecht,* dans *Handbuch* de Marquardsen, 1900, p. 69 et s.; Jellinek, *System der subjektiven Rechte,* 1re édit., 1893, p. 12 et s., et 2e édit., 1905, p. 15 et s.; *Allgemeine Staatslehre,* 1900, p. 394 et s., 2e édit., 1905, p. 401 et s.; Hans Kelsen, *Hauptproblemen der Staatslehre,* 1913, p. 162 et s.; *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts,* 1920.

J'ai déjà montré au tome I, pages 478 et suivantes, que la souveraineté étant ainsi comprise, il est absolument impossible de lui donner une limite juridique; que J.-J. Rousseau, le père de cette conception, aboutit à l'absolutisme; que les auteurs allemands n'ont trouvé d'autre solution que la doctrine sophistique de l'auto-limitation; qu'Esmein lui-même y est conduit par la logique des choses et que cela suffit à condamner définitivement le concept de souveraineté. Sans doute, Esmein spécifie que c'est seulement dans les rapports qu'elle régit que la souveraineté ne reconnaît pas de puissance supérieure ni concurrente. Mais il est obligé de reconnaître avec J.-J. Rousseau que c'est la souveraineté elle-même qui détermine les rapports qu'elle régit et, par conséquent, le domaine et l'étendue de son action. C'est purement et simplement la théorie de l'auto-limitation, théorie seule logique avec la notion de souveraineté, mais qui conduit forcément au despotisme, à la négation même du droit public.

Au tome III, j'étudierai en détail la conception individualiste sur laquelle on a vainement tenté de fonder la limitation juridique de l'État, et d'autre part, la conception solidariste qui permet seule d'établir cette limitation.

Pour la critique de la notion de souveraineté, cf. mon livre *Souveraineté et liberté,* conférences faites à l'Université Columbia, New-York, 1921.

§ 11. — *Conséquences inadmissibles résultant de la conception ordinaire de la souveraineté.*

A cette notion de la souveraineté, on rattache en général quatre conséquences. On dit :

1° La souveraineté est *une,* c'est-à-dire que sur un même territoire il ne peut exister qu'une seule souveraineté, et qu'une même personne ne peut être soumise qu'à une seule souveraineté ;

2° La souveraineté est *indivisible,* c'est-à-dire que dans un État, un homme, un corps, une section du peuple, une circonscription ne peuvent prétendre avoir une portion quelconque de la souveraineté ;

3° La souveraineté est *inaliénable,* parce qu'elle est la personnalité de la nation en tant qu'elle est douée d'une volonté commandante et qu'une personnalité ne peut pas s'aliéner ;

5° Elle est *imprescriptible,* pour la même raison qu'elle est inaliénable. Chacune de ces conséquences est en contradiction avec des faits certains.

1° *La souveraineté est une* (Constitution de 1791, tit. III, pr., art. 1er ; Déclaration de 1793, art. 25). — Sur un territoire il ne peut exister qu'une seule souveraineté et les personnes qui se trouvent sur le territoire national ne peuvent être soumises qu'à une seule souveraineté. Supposons, en effet, pour le raisonnement, que le même individu soit subordonné à deux volontés qui se disent souveraines, et que ces deux volontés lui commandent des choses contradictoires. Ou bien l'individu considéré, en présence de cette contradiction, ne sera obligé d'obéir ni à l'une ni à l'autre volonté ; alors ni l'une ni l'autre ne sera une volonté souveraine. Ou bien, au contraire, l'individu sera obligé d'obéir au commandement de l'une et, par suite, de désobéir au commande-

ment de l'autre qui le contredit; alors l'une des volontés commandantes ne pourra pas imposer son ordre, puisque l'ordre donné par l'autre lui est supérieur et que c'est à cet ordre seulement que doit obéir le gouverné. L'une des volontés commandantes n'est donc pas une volonté indépendante, puisqu'on ne lui doit obéissance que si ses ordres sont conformes à ceux d'une autre volonté; elle n'est donc pas souveraine, et des deux volontés considérées une seule est souveraine.

2° *La souveraineté est indivisible.* — Le principe de l'indivisibilité de la souveraineté était déjà affirmé par J.-J. Rousseau au *Contrat social* au livre III, chapitre II, parce que la souveraineté n'est autre chose que la volonté de la personne collective et que toute volonté est indivisible comme la personne même qui lui sert de support. Depuis 1789, le principe de l'indivisibilité de la souveraineté est une sorte de dogme. Il est solennellement proclamé dans plusieurs de nos constitutions. « La souveraineté est... indivisible. Elle appartient à la nation; aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice » (Constitution de 1791, tit. III, art. 1er). « La souveraineté est indivisible » (Déclaration des droits de 1793, art. 25).

De l'indivisibilité de la souveraineté on a déduit un autre dogme, le dogme de la République une et indivisible, proclamé par la Convention dès le 24 septembre 1792 : « La Convention nationale déclare que la République française est une et indivisible », et proclamé depuis à nouveau par toutes nos constitutions républicaines jusqu'en 1848 : Constitutions de 1793, art. 1er; an III, art. 1er; an VIII, art. 1er; 1848, pr., art. 2 et art. 48.

Il résulte aussi de l'indivisibilité de la souveraineté et de la République qu'aucune collectivité ne peut être investie d'une quote-part de la souveraineté, et que le

fédéralisme, contradictoire avec la nature même de la souveraineté, est contraire aux principes essentiels du droit public français. On sait la rigueur avec laquelle la Convention appliqua ces principes et comment les Girondins tombèrent, le 31 mai 1793, sous l'accusation de *fédéralisme*.

Il est incontestable que, logiquement, l'existence dans un pays de collectivités territoriales distinctes de l'État et investies de droits de puissance publique est en contradiction avec la conception française de la souveraineté une et indivisible. Cette contradiction existe non seulement lorsque ces collectivités locales sont déclarées être des États souverains, comme les États-membres de l'Union américaine ou les Cantons de la Suisse, mais encore même lorsqu'elles sont considérées seulement comme des circonscriptions administratives décentralisées. La commune française a, d'après une opinion aujourd'hui presque unanimement acceptée, des droits de puissance publique; ces droits ne peuvent être qu'une portion détachée de la souveraineté nationale, et cela est contraire au principe de l'indivisibilité de la souveraineté. On dit bien que ces droits sont concédés par l'État, qui peut toujours retirer cette concession. Sans doute; mais tant que cette concession subsiste la souveraineté est démembrée. Pour qu'elle ne le fût point, il faudrait que la commune exerçât comme organe, comme représentant, ces droits de puissance dont le seul titulaire resterait l'État. Mais cela serait justement le contraire de ce qu'on dit exister en droit français. En résumé, la souveraineté étant indivisible, logiquement, sur un même territoire, une seule personne peut posséder des droits de puissance publique, l'État; et il n'y a et il ne peut y avoir qu'un État. On va revenir (§ 12) sur la question de la souveraineté dans les États fédéraux.

Le législateur constituant a parfois décidé que l'indivisibilité de la souveraineté devait avoir pour conséquence l'unité de la représentation populaire, c'est-à-dire que dans une constitution logiquement ordonnée le parlement, corps représentatif de la volonté nationale, ne devait se composer que d'une seule assemblée. Lorsque la question de la dualité du parlement se posa en 1789, en 1791 et en 1848, le principal argument qu'on fit valoir, surtout en 1848, pour établir l'unité du parlement, fut de dire : la souveraineté étant *une* dans son essence ne peut être qu'une dans sa représentation. Ce fut surtout l'argument développé par Armand Marrast, rapporteur de la constitution de 1848 (*Moniteur,* 31 août 1848). On comprend aisément que cet argument fit grande impression sur des esprits passionnés de logique. J'étudierai au paragraphe 43 la question des deux chambres.

Une dernière conséquence résulte logiquement de l'indivisibilité de la souveraineté, c'est l'impossibilité de créer une séparation des pouvoirs.

Rousseau l'avait bien compris, et dans un passage curieux il écrit : « Mais nos politiques ne pouvant diviser la souveraineté dans son principe la divisent dans son objet ; ils la divisent en force et en volonté, en puissance législative et en puissance exécutive, en droit d'impôt, de justice et de guerre, en administration intérieure et en pouvoir de traiter avec l'étranger ; tantôt ils confondent toutes ces parts et tantôt ils les séparent. Ils font du souverain un être fantastique et formé de pièces rapportées ; c'est comme s'ils composaient l'homme de plusieurs corps, dont l'un aurait les yeux, l'autre les bras, l'autre les pieds, et rien de plus. Les charlatans du Japon dépècent, dit-on, un enfant aux yeux des spectateurs, puis jetant en l'air tous ses membres l'un après l'autre, ils font retomber l'enfant vivant et tout

rassemblé. Tels sont à peu près les tours de gobelet de nos politiques; après avoir démembré le corps social par un prestige digne de la foire, ils rassemblent les pièces on ne sait comment » (*Contrat social,* liv. II, chap. II).

Rousseau avait absolument raison. Avec l'idée de souveraineté indivisible, la séparation des pouvoirs, telle que l'ont comprise les auteurs de la Déclaration des droits de 1789 (art. 16), de la constitution de 1791 (tit. III, pr.), de la Déclaration des droits (art. 22), de la constitution de l'an III (art. 45) et de la constitution de 1848 (art. 19), est logiquement impossible. En effet, dans la conception que nos constituants ont voulu réaliser, les pouvoirs sont des portions démembrées de la souveraineté, confiées à des organes distincts, et non pas seulement des fonctions exercées séparément par des organes distincts au nom d'une souveraineté restée une et indivisible. Les trois organes créés : parlement, chef de l'État, ordre judiciaire, ne sont pas seulement *investis de fonctions différentes ;* ils sont *titulaires chacun d'un élément de la souveraineté,* et c'est pour cela même qu'ils sont des pouvoirs. On crée trois souverains : l'un dans l'ordre législatif, l'autre dans l'ordre exécutif, le troisième dans l'ordre judiciaire. Kant est seul vraiment logique quand il déclare que dans la souveraineté *une,* il y a trois personnes souveraines distinctes, dont la réunion ne forme cependant qu'une seule personne souveraine, celle de l'État. Nouveau mystère de la Trinité que je ne me charge pas d'expliquer.

Kant, *Théorie du droit,* édition française, 1855, p. 175 et 180). Cf. *infra,* § 41, et Duguit, *La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789,* 1893; *J.-J. Rousseau, Kant et Hégel,* 1918, p. 26 et s.

3° *La souveraineté est inaliénable.* — Rousseau a écrit

au chapitre I du livre II du *Contrat social* : « Je dis donc que la souveraineté n'étant que l'exercice de la volonté générale ne peut jamais s'aliéner et que le souverain qui n'est qu'un être collectif ne peut être représenté que par lui-même : le pouvoir peut bien se transmettre, mais pas la volonté. » L'auteur du *Contrat social* était dans la pure logique du système : la souveraineté est la personnalité de la nation en tant qu'elle est douée d'une volonté commandante ; or il est évident qu'une personnalité ne peut pas s'aliéner. En s'aliénant, elle disparaît ; elle cesse d'être une personne. Sans doute, la souveraineté est un droit, et un droit peut s'aliéner. Mais la souveraineté est un droit qui est constitué par le caractère même de la personnalité qui en est titulaire. C'est parce que la nation est la nation qu'elle a la souveraineté ; et si elle aliénait la souveraineté, elle disparaîtrait comme nation. En d'autres termes, la souveraineté est à la fois et d'une manière indivisible la personnalité de la nation et le droit de commander ; la nation ne peut aliéner celui-ci sans aliéner celle-là. Or, comme la personnalité de la nation est inaliénable, sa souveraineté l'est aussi.

Nos constitutions ont affirmé, d'une manière très nette, le principe de l'inaliénabilité de la souveraineté. La disposition de l'article 1er du préambule du titre III de la constitution de 1791 : « La souveraineté est inaliénable », reparaît à l'article 25 de la Déclaration des droits de 1793, aux articles 17 et 18 de la Déclaration de l'an III et aux articles 1er et 18 de la constitution de 1848. Nos constituants de 1791 et de 1793, en reproduisant la formule de Rousseau, voulaient comme lui protester contre les doctrines antérieures au XVIIIe siècle, qui, tout en proclamant le principe de la souveraineté du peuple, enseignaient cependant que celui-ci pouvait abdiquer son pouvoir entre les mains d'un prince, et

particulièrement contre la doctrine de Hobbes, qui, tout en plaçant la souveraineté originaire dans le peuple, aboutissait cependant au pur despotisme. D'autre part, l'affirmation de l'inaliénabilité de la souveraineté impliquait l'abandon complet de la vieille conception de l'État patrimonial, suivant laquelle la souveraineté est une propriété qui, en principe, peut être aliénée comme toute propriété.

Rousseau allait plus loin ; de l'inaliénabilité de la souveraineté il déduisait qu'elle ne pouvait pas être représentée. Les constituants de 1793 ont essayé de réaliser dans le fait, au moins en partie, la doctrine de Rousseau ; mais leur constitution ne fut pas appliquée. En 1791 et en 1848, au contraire, on affirma que la souveraineté qui appartient à la nation ne peut s'exercer que par représentation. Cf. §§ 39 et 40.

4° *La souveraineté est imprescriptible.* — Les textes, qu'on vient de rapporter au numéro précédent et qui consacrent l'inaliénabilité de la souveraineté, consacrent aussi son imprescriptibilité ; l'une est évidemment impliquée par l'autre. Pourquoi a-t-on cru nécessaire, en 1791, d'affirmer que la souveraineté est non seulement inaliénable, mais aussi imprescriptible ? C'était encore pour rompre définitivement avec la conception de l'État patrimonial et condamner expressément la doctrine de certains jurisconsultes de l'ancien régime, qui soutenaient que peut-être la puissance publique originaire avait appartenu au peuple, mais que les rois, et particulièrement les rois de France, avaient, au moyen d'une longue possession, acquis par prescription la propriété de la puissance publique. Loyseau notamment avait écrit : « Il y a longtemps que tous les rois de la terre ont prescrit la *propriété* de la puissance souveraine » (*Traité des offices*, liv. II, chap. II, n° 28, Paris, 1640, p. 128).

La souveraineté étant imprescriptible, si un prince, un usurpateur quelconque exerçait en fait par lui-même ou par ses héritiers, pendant un temps quelconque, les prérogatives de la souveraineté, il ne l'aurait point acquise quelque temps qu'eût duré cette possession. L'usurpation reste une usurpation. Si un individu exerce en fait, parce qu'il dispose d'une force prépondérante, les prérogatives de la souveraineté, le peuple reste toujours une personne consciente et voulante, et comme cette personnalité du peuple est précisément la souveraineté, celle-ci reste intacte dans le peuple.

§ 12. — *La souveraineté conçue comme un caractère particulier de la puissance publique.*

La théorie de la souveraineté a été élaborée en vue des États dits États *unitaires*. Notre droit public, issu de la Révolution, est un droit essentiellement unitaire. L'unité, l'indivisibilité de la nation et de la souveraineté qui lui appartient, de la République qui en est la forme politique organisée, ont été affirmées comme un dogme intangible. Mais pendant le XIXe siècle se sont constituées des formations politiques, auxquelles on a été dans l'impossibilité d'appliquer la théorie de la souveraineté unitaire. Ce sont d'abord les États fédéraux, dont le type a été donné par les États-Unis de l'Amérique du Nord. Là, sur un même territoire, commandent deux États, existent deux souverainetés, la souveraineté de l'État fédéral lui-même et la souveraineté de l'un des États-membres, dont la réunion forme l'État fédéral. En outre, le citoyen de New-York, par exemple, se trouve soumis à la souveraineté de l'État de New-York et à celle de l'Union américaine. Or, on l'a vu précédemment, la souveraineté est *une* par définition, et le même territoire, le même homme ne peuvent être soumis à deux souverainetés.

D'autre part, il s'est formé, sous le nom d'États protégés, des groupes politiques qui ont conservé le nom d'État, qui exercent une puissance commandante sur des sujets, mais qui dépendent cependant de la puissance d'un autre État. L'étendue de cette dépendance est très variable ; mais elle existe néanmoins et, dès lors, fait disparaître la souveraineté. Cependant, on ne peut pas dire qu'un pays comme la Tunisie, par exemple, ne soit qu'une province française. La Tunisie a conservé le nom d'État ; son bey paraît bien avoir tous les caractères d'un chef d'État. Comment appliquer ici et dans tous les cas analogues la théorie classique de la souveraineté ? Ainsi cette théorie se heurte à des faits certains, qu'il est complètement impossible de faire entrer dans ses cadres rigides.

Ce sont les auteurs allemands qui ont surtout aperçu ces graves difficultés, quand ils ont voulu faire la construction juridique de l'empire allemand. Ils se sont trouvés en présence de ce problème : expliquer comment sur un même territoire, par exemple le territoire prussien, coexistent la puissance politique de l'Empire allemand et la puissance politique de l'État prussien. La Prusse a subsisté comme État ; si la souveraineté est un élément de l'État, la Prusse possède la souveraineté. L'Empire a été créé comme État en 1871 ; il a donc aussi la souveraineté ; et sur le même territoire existeraient deux souverainetés, ce qui est impossible.

C'est pour écarter cette antinomie que certains auteurs allemands, et particulièrement Jellinek, Laband et Rehm, ont imaginé une théorie suivant laquelle la souveraineté n'est pas la puissance même de l'État ; elle est seulement un caractère que peut avoir, mais que n'a pas nécessairement la puissance étatique, de telle sorte qu'il peut y avoir des États *non souverains*. Ainsi l'antinomie signalée plus haut disparaît, puisque, l'État-

membre pouvant exister comme État sans avoir la souveraineté, il n'y aura sur le même territoire qu'une seule souveraineté, et aussi puisque le pays protégé pourra être un État, sans avoir l'indépendance complète, c'est-à-dire la souveraineté. Qu'est-ce donc dans cette théorie que la souveraineté?

Tout État, dit-on, a la puissance commandante, et il ne peut y avoir d'État que s'il y a puissance commandante, c'est-à-dire pouvoir de formuler des ordres s'imposant par eux-mêmes, parce qu'ils émanent d'une puissance supérieure, qui est précisément l'État. Le pouvoir de formuler des ordres (les auteurs allemands disent souvent des ordres *inconditionnés*) est ce qu'ils appellent la domination, la *Herrschaft*.

Tout État, par définition même, possède la domination, la *Herrschaft*. Mais cela n'est point la souveraineté. La souveraineté est un caractère qui appartient souvent à la puissance politique, mais qui ne lui appartient pas toujours. La collectivité politique sera une collectivité souveraine, un État souverain, aura un pouvoir politique souverain, seulement quand elle pourra déterminer elle-même le domaine dans lequel elle peut exercer son pouvoir de donner des ordres inconditionnés, sa *Herrschaft*, ou, sous une autre forme, quand le domaine dans lequel elle exercera son pouvoir de donner des ordres inconditionnés ne sera pas déterminé par une autre volonté que la sienne. D'après une formule déjà indiquée, un État est un État souverain lorsque et seulement lorsqu'il a « la compétence de la compétence ».

Si l'on applique les conséquences de cette idée, on arrive aux résultats suivants. L'État-membre d'un État fédéral est un État, parce que, au moins dans un certain domaine, il peut formuler des ordres *inconditionnés*, s'imposant comme tels; il a la domination, la *Herrs-*

chaft; mais il n'est pas un État souverain, parce que ce n'est pas lui-même qui, par sa propre volonté, détermine le domaine dans lequel il peut exercer sa puissance de donner des ordres. Ce domaine est déterminé par l'État fédéral qui est seul souverain, ou du moins par la constitution fédérale; mais elle est l'œuvre de l'État fédéral. De même l'État protégé est un État, parce que quelque étendu que soit le protectorat, il reste toujours un certain domaine dans lequel l'État protégé exerce une puissance commandante. Mais il n'est point un État souverain, parce que son activité commandante ne s'exerce pas d'une manière indépendante.

Peut-il y avoir ainsi des États non souverains? Assurément oui, répond-on. « La souveraineté et la puissance politique, dit Jellinek, ne sont pas des catégories absolues, mais des catégories historiques. Il y a toujours eu et il y a notamment encore des États non souverains. » L'histoire de la souveraineté prouve, dit-on, que jusqu'à la fin du XVIe siècle on a toujours compris la souveraineté, non pas comme la puissance politique elle-même, mais comme un caractère appartenant à certaine puissance politique. Ce n'est qu'au XVIe siècle, par un étrange abus de mots et par une confusion due en grande partie à Bodin, qu'on a confondu la souveraineté avec la puissance politique, ou plus exactement avec l'ensemble des prérogatives du pouvoir royal (Bodin, *Les six Livres de la République,* liv. III, chap. VIII et X).

Mais la souveraineté n'était d'abord que le caractère des puissances non tributaires et non vassales. Au moyen âge et à l'époque moderne, beaucoup de puissances, reconnues d'une manière incontestée comme des États, étaient cependant des puissances tributaires ou vassales et, par conséquent, des puissances non souve-

raines. Il suffit de citer les grandes seigneuries féodales vassales du roi de France. De même, de nos jours, il y a encore des États non souverains, par exemple les États protégés et les États membres des États fédéraux. En comprenant que ces pays sont des États, mais des États non souverains, toute difficulté disparaît, car on ne peut plus objecter que le même territoire, les mêmes individus sont soumis à deux souverainetés, puisque seul l'État fédéral ou l'État protecteur possède la souveraineté.

Pour cette théorie de la souveraineté, cf. Laband, *Droit public*, édition française, 1900, I, p. 56 et s.; Rehm, *Allgemeine Staatslehre*, p. 61 et 107 et s., dans *Handbuch* de Marquardsen; Jellinek, *Staatenverbindungen*, 1883, et *Allgemeine Staatslehre*, 2e édit., 1905, p. 470 et s.; Rosenberg, *Archiv des öffent. Rechts*, XIV, 1899, p. 328. Cf. aussi pour une théorie un peu différente, Burckhardt, *Schweizerische Bundesverfassung*, 1905, p. 13 et s.

Lapradelle, Michoud et Carré de Malberg sont les seuls auteurs français qui, à ma connaissance, aient nettement accepté cette conception de la souveraineté.

Les deux premiers, dans leur article *La question finlandaise*, *Revue du droit public*, 1901, p. 41 et s., soutenaient qu'il peut y avoir des États non souverains, c'est-à-dire des États subordonnés à d'autres États, et que « la qualité d'État existe dès qu'il s'agit de droits de puissance publique et qu'ils sont protégés contre une atteinte par une délimitation juridique » (p. 55).

Michoud a repris cette thèse dans son livre *Théorie de la personnalité morale*, 1re partie, 1906. Il écrit à la page 239 : « Si l'État exerce tous ses droits de puissance librement, il est un État souverain. Mais alors même qu'il est limité à l'égard de quelques-uns d'entre eux par une puissance étrangère ou supérieure, il n'en résulte pas qu'il perde le caractère d'État. » Dans le même ouvrage, 2e partie, 1909, il écrit à la page 60 : « Comme nous l'avons déjà dit, la souveraineté n'est pas la caractéristique essentielle de l'État; cette caractéristique, c'est le *droit de commander*, qui forme du reste le contenu positif de la souveraineté, mais qui ne constitue la souveraineté elle-même que lorsqu'il est réuni au droit de n'être commandé par personne. »

Carré de Malberg a nettement adopté et longuement développé cette conception de la souveraineté. Il écrit : « La doctrine tra-

ditionnelle, qui confond dans un seul et même concept les notions de puissance d'État et de puissance souveraine, a en tous cas le tort de faire planer une grave équivoque sur la question fondamentale de savoir si la souveraineté est un élément essentiel de l'État. Si par souveraineté l'on entend la puissance d'État elle-même, il n'est pas douteux que la souveraineté ne forme une condition absolue de l'État, car l'État ne peut se concevoir sans puissance de domination. Si, au contraire, l'on vise sous le nom de souveraineté la qualité de l'État dont la puissance ne dépend d'aucun autre, il devient fort contestable que la souveraineté puisse être regardée comme un élément indispensable de l'État. Nombreux, en effet, sont les groupes humains paraissant réunir à tous égards le caractère de l'État et qui cependant sont placés dans un rapport de dépendance vis-à-vis d'un autre État. » A titre d'exemple, l'auteur parle longuement des États protégés et des États membres de l'État fédéral, qu'il distingue très minutieusement des États membres d'une confédération (*Contribution à la théorie générale de l'État*, I, 1920, p. 88 et s.).

Cette théorie occupe une trop grande place dans la doctrine du droit public moderne pour que j'aie pu me dispenser de l'exposer; mais il ne m'est pas possible de la discuter dans le détail. Je ferai seulement observer qu'elle se heurte à une difficulté qu'elle ne peut résoudre.

Si l'on admet qu'il y a des États non souverains, subordonnés dans une mesure plus ou moins grande à un État souverain, on est obligé de reconnaître qu'il existe aussi des collectivités territoriales investies de droits de puissance publique et qui ne sont certainement pas des États. Il suffit de citer les circonscriptions décentralisées d'un État unitaire qui, comme la commune française, les provinces de certains pays, ont des droits de puissance publique plus ou moins étendus, et qui ne sont certainement pas des États, et aussi certaines colonies de grands pays européens, qui ont une autonomie plus ou moins étendue et qui ne sont pas non plus des États. Dans ces conditions, avec la théorie des

États *non souverains,* à quel critérium pourra-t-on distinguer les États non souverains, par exemple les États membres d'un Etat fédéral, et les collectivités décentralisées d'un État unitaire ?

Les auteurs qui admettent l'existence d'États non souverains cherchent vainement à déterminer ce critérium. On dit habituellement que ce qui distingue l'État non souverain et la collectivité décentralisée, ce n'est pas l'étendue de la puissance, mais ceci que le droit de puissance qu'exerce la collectivité décentralisée est un droit *étranger* et le droit de puissance exercé par l'État non souverain un droit *propre* (Laband, *loc. cit.,* I, p. 66).

On a critiqué très justement cette formule : un droit propre, a-t-on dit, est un droit qui appartient à celui qui l'exerce, un droit étranger est celui qui n'appartient pas à celui qui l'exerce; voilà toute la différence qui peut exister entre un droit propre et un droit étranger. Or, par définition même, l'unité décentralisée exerce bien un droit dont elle est titulaire; donc, comme un État non souverain, elle exerce un droit propre. Que ce droit résulte d'une concession de l'État ou d'une autre cause, peu importe, il est un droit propre puisqu'il a pour titulaire le sujet de droit qui l'exerce.

On a alors modifié la formule et on a dit : le droit de puissance d'un État non souverain est un droit *originaire,* et celui d'une unité décentralisée est un droit *dérivé* ou *concédé.*

La formule n'est pas meilleure que la précédente. D'abord la différence de source du droit n'implique point une différence dans la nature du droit; le droit de propriété est toujours le même qu'il soit né de l'occupation ou d'une transmission; le droit de puissance est toujours le même qu'il soit originaire ou dérivé. D'autre part, il n'est pas vrai de dire que le droit des

unités décentralisées soit toujours un droit dérivé. En France, avant 1789, beaucoup de communes ont toujours été considérées comme ayant certains droits publics à elles *propres*, leur appartenant originairement sans concession du roi, et ces droits paraissent bien avoir été reconnus par l'article 49 de la loi du 14 décembre 1789 qui parle des « fonctions *propres* au pouvoir municipal ». A l'inverse, il n'est point exact de dire que le droit de puissance d'un État non souverain soit toujours un droit originaire, jamais un droit concédé. Dans un pays d'abord unitaire et qui s'organise fédéralement, comme le Brésil en 1891, peut-on dire que le droit de puissance des États-membres soit un droit originaire? N'est-il pas, au contraire, le résultat d'une concession de l'État central? N'en doit-on pas dire autant des Pays composant la République autrichienne à laquelle la constitution du 1er octobre 1920 (art. 2) donne le caractère d'État fédéral?

Jellinek, comprenant la faiblesse des critères proposés, a essayé, dans son livre *Allgemeine Staatslehre*, page 475, de préciser la différence qui sépare les unités décentralisées et les États non souverains, et il a cru la trouver dans ce qu'il appelle l'*auto-organisation*. L'État seul, même non souverain, possède, dit-il, le pouvoir de s'organiser par ses propres lois; l'unité décentralisée n'a point ce pouvoir; sa loi organique est toujours une loi de l'État dont elle dépend.

Jellinek ajoute que pour qu'une collectivité soit un État, il faut encore qu'elle remplisse deux conditions, qui d'ailleurs ne sont que des conséquences de la nécessité du pouvoir d'auto organisation. Toute communauté étatique doit avoir un organe suprême qui lui appartienne en propre; elle doit pouvoir exercer, tout au moins dans un certain domaine, toutes les fonctions que comprend la puissance d'État, c'est-à-dire la législation,

l'administration et la justice. En résumé, d'après Jellinek, pour qu'une collectivité territoriale soit un État, il faut et il suffit qu'elle possède et exerce, en vertu de sa propre puissance de s'organiser, toutes les fonctions du pouvoir étatique.

Carré de Malberg, après avoir longuement exposé cette doctrine, ajoute : « La théorie proposée par Jellinek touchant les signes distinctifs de l'État et de sa puissance peut être considérée aujourd'hui comme celle qui se rapproche le plus de la vérité. » Pour le démontrer, il critique en détail les autres solutions proposées (*Loc. cit.*, p. 172 et s.).

Malgré l'appui de cette adhésion, la théorie de Jellinek ne résout pas mieux que les autres le problème dont on cherche vainement la solution. On a fait observer très justement qu'il y a des villes, des provinces, qui sont libres de se donner une certaine organisation, qui ont l'auto-organisation et qui cependant ne sont pas des États. D'autre part, il arrive parfois que le pouvoir constituant des États-membres d'un État fédéral est tellement réduit qu'il devient, à vrai dire, inexistant. Par exemple, les constitutions fédérales de la Suisse et des États-Unis défendent au canton suisse et aux États de l'Union américaine d'adopter une autre forme politique que la République. L'article 17 de la constitution allemande du 11 août 1919 détermine d'une manière précise les principes suivant lesquels devront être organisés les Pays (*Länder*) de la Fédération : « Chaque pays doit avoir une constitution républicaine ; la représentation populaire doit être élue au suffrage universel, égal, direct et secret par tous les Allemands, hommes et femmes, selon le principe de la représentation proportionnelle. Le gouvernement doit jouir de la confiance de la représentation populaire. » Peut-on dire, dans ces conditions, que les Cantons suisses, les États américains,

les Pays allemands, membres composant un État fédéral, ont un pouvoir d'auto-organisation ?

Il n'est pas vrai non plus de dire encore avec Jellinek que ce qui caractérise l'État, même non souverain, c'est que lui seul, et non pas l'unité décentralisée, a tous les attributs de la puissance politique, pouvoir législatif, pouvoir administratif, pouvoir juridictionnel, sans doute réduits à un certain domaine qu'il ne fixe pas lui-même, mais existant tous. Et en effet, nos communes françaises ont eu, à un certain moment, la législation, la juridiction, l'administration ; elles n'étaient point cependant des États, mais seulement des corps décentralisés. Aujourd'hui encore, elles ont une sorte de pouvoir constituant, elles organisent leur police quand elles ont moins de 40.000 habitants (L. 5 avril 1884, art. 103) ; elles ont le pouvoir législatif, le maire fait des règlements de police qui, au point de vue matériel, sont de véritables lois ; et jusqu'à la loi du 27 mai 1873, les maires avaient des attributions juridictionnelles. Il ne viendra à l'idée de personne de dire que les communes françaises du XIXe siècle étaient des États non souverains.

D'après Michoud, le critérium de la distinction entre les États et les collectivités décentralisées est le suivant : « Le pouvoir qui domine l'État non souverain est juridiquement limité ; il ne peut détruire entièrement les droits de puissance publique qui n'appartiennent à cet État que par la force brutale. Au contraire, le pouvoir qui domine la commune ou la province peut, sans violer le droit, diminuer ou même supprimer les droits de puissance qui appartiennent à ces personnes. » (*Loc. cit.*, 1re partie, 1906, p. 239, et 2e partie, 1909, p. 61).

Le raisonnement de Michoud n'est qu'un cercle vicieux. Il dit qu'on reconnaît l'État non souverain à ce que l'État auquel il est subordonné ne peut lui enlever

juridiquement sa situation. Mais, d'autre part, on conclut de ce qu'une collectivité subordonnée est un État que sa situation ne peut lui être enlevée. Il faut choisir : ou bien dire que lorsqu'une collectivité subordonnée est un État, sa situation est intangible parce qu'elle est un État ; ou bien qu'elle est un État parce que sa situation est intangible.

D'autre part, le critérium proposé par Michoud paraît être contredit par les faits. Il y a des États fédéraux qui ont été constitués en la forme fédérale par un acte constitutionnel, purement unilatéral. Or, en pareil cas, il est certain qu'un nouvel acte constitutionnel pourrait supprimer la forme fédérale, transformer les États-membres en de simples circonscriptions administratives. Il en serait certainement ainsi au Brésil, qui, en 1891, s'est constitué en État fédéral par une constitution votée unilatéralement par une assemblée constituante. Il en serait de même dans l'Autriche d'après-guerre, qui, par la constitution du 1er octobre 1920, s'est déclarée État fédéral se composant de Pays indépendants. Une constitution nouvelle, votée dans les mêmes conditions, pourrait certainement retirer leur indépendance aux Pays composants.

Il n'est donc pas vrai de dire que ce qui caractérise les unités membres d'un État fédéral, c'est qu'il ne peut être touché à leur situation juridique et à l'étendue de leur pouvoir que de leur consentement.

Enfin, ce qui me paraît ruiner définitivement la doctrine d'après laquelle la souveraineté est simplement le caractère d'une certaine puissance étatique et d'après laquelle il y a des États non souverains, c'est l'impossibilité certaine et reconnue dans laquelle on se trouve de déterminer à ce point de vue le caractère de certains groupements, et particulièrement la condition qui leur est faite depuis la guerre. Je fais allusion aux États qui

composaient l'ancien Empire allemand et qui sont devenus les pays (*Länder*) du Reich constitué par l'acte du 11 août 1919 et aussi aux Dominions de l'Empire britannique.

Les juristes allemands discutent aujourd'hui la question de savoir si le Reich est un État fédéral ou un État unitaire, c'est-à-dire si les pays composants ont le caractère d'États-membres ou de simples divisions territoriales décentralisées. Les uns prétendent que sous l'empire de la loi constitutionnelle nouvelle, le Reich peut, à son gré, modifier la situation des pays composants et que ceux-ci, par conséquent, n'ont plus le caractère d'États-membres; que la différence de mots correspond à une différence de fond ; que les parties composantes de l'Empire allemand de 1871 étaient véritablement des États et qu'aujourd'hui, au contraire, les Pays de la constitution de 1919 sont des circonscriptions administratives décentralisées. D'autres juristes soutiennent, au contraire, que le Reich est resté une fédération; que les Pays de la constitution de 1919 ont le même caractère que les États-membres de la constitution de 1871; qu'en effet, si d'après la constitution nouvelle la souveraineté du Reich émane du peuple entier, dans chaque pays, la souveraineté émane aussi du peuple du Pays considéré ; que les Pays ont leur législation, leur administration et leur juridiction propres; qu'ils ont ainsi, dans un certain domaine, toutes les prérogatives de la puissance étatique et que c'est cela précisément qui constitue le critérium de l'État.

Les mêmes controverses existent pour les Dominions de l'Empire britannique, le Canada, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, l'Afrique australe. D'après Carré de Malberg (p. 163), les Dominions britanniques ne sont point des États, parce que, en droit, leur constitution est l'œuvre, non point d'eux-mêmes, mais du parlement

anglais; elles sont consacrées par un acte législatif anglais. Cet auteur reconnaît cependant que les Dominions ressemblent singulièrement à des États. Esmein a formellement qualifié d'État la Commonwealth australienne. Il serait singulier que ne fussent pas des États des groupements qui figurent comme parties contractantes au Traité de Versailles et qui sont membres originaires de la Société des Nations.

Je n'insiste pas davantage sur cette question. Mais de ce que je viens de dire, j'ai le droit de tirer la conclusion suivante. Si l'on persiste à prétendre que la souveraineté se distingue de la puissance étatique et qu'il y a des États véritables qui ont la puissance étatique sans la souveraineté, il est absolument impossible de les distinguer des circonscriptions territoriales décentralisées. D'autre part, ces controverses sans fin sur le caractère juridique de telle ou telle collectivité démontrent que les cadres créés par les juristes sont artificiels et complètement en dehors de la réalité. Ils reposent, en effet, sur la notion de puissance publique souveraine ou non souveraine, une et indivisible, et cette notion elle-même est irréelle.

Outre les auteurs précédemment cités, cf. R. Brunet, *La constitution allemande du 11 août 1919*, 1921, particulièrement p. 90 et s.; *La constitution fédérale autrichienne*, dans *Revue du droit public*, 1921, p. 261 et s.; Mérignhac, *Droit public international*, 1905, I, p. 175 et s.; Gierke, *Jahrbücher de Schmoller*, VIII, 1883, p. 1137 et s.; Burckardt, *Schweizerische Bundesverfassung*, 1905, p. 91 et s.; Laband, *Droit public*, traduction française, 1900, I, p. 115 et s.; Redslob, *Abhändgige Länder*, 1914 (étude d'un intérêt aujourd'hui rétrospectif sur le caractère des pays dépendant en 1914 de la couronne autrichienne et sur le caractère de l'Alsace-Lorraine sous la domination allemande; parle aussi du Canada, de l'Australie et de l'Afrique australe); Hans Kelsen, *Reichsgesetz und Landsgesetz*, *Archiv des öffentlichen Rechts*, XXXII, 1914, p. 202 et s.; Giese, *Die Reichsverfassung von 11 august*, 1919, p. 65 et s.; Jacobi, *Einheitsstaat oder Bundesstaat*, 1920, p. 6 et s.; Pœtsch,

Handausgabe der Reichsverfassung, p. 25 et s; Stier-Somblo, *Reichsverfassung*, 1920, 79 et s.; Walter Jellinek, *Revolution und Reichsverfassung*, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 1920, p. 81; Arnd, *Reichsverfassung*, 1919, p. 35 et s.

Au mois de juillet 1922, un conflit très vif s'est élevé entre le Reich et la Bavière. Après l'assassinat du ministre Rathenau, le Reichstag votait, le 18 juillet 1922, par 303 voix contre 102, une loi dite pour la défense de la République, qui définissait certains crimes et délits contre la République et instituait une cour spéciale pour les juger. Une autre loi du même jour instituait une police criminelle pour l'ensemble du Reich. Quatre jours après le vote du Reichstag, le gouvernement bavarois, de son côté, promulguait une ordonnance qui débutait ainsi : « A la place de la loi du Reich, pour la protection de la République, la prescription suivante s'appliquera jusqu'à nouvel ordre pour la partie de la Bavière située sur la rive droite du Rhin. » Ainsi, la Bavière refusait très nettement d'appliquer une loi votée par le Reichstag et opposait formellement sa souveraineté à celle du Reich.

En agissant ainsi, la Bavière outrepassait certainement ses droits. En effet, aux termes de l'article 7 de la constitution de Weimar, le Reich a le droit de légiférer sur le droit pénal, la procédure judiciaire, y compris les voies d'exécution, le régime de la presse, des associations et des réunions. L'article 9 de la constitution porte : « Pour autant que la nécessité d'une réglementation uniforme s'en fait sentir, le Reich a le droit de légiférer sur : 1° le bien-être public; 2° la protection de l'ordre et de la sûreté publique. » Mais ces formules et certaines autres des articles 7, 8, 9, 10, 11, 17 sont si larges qu'on se demande quel est le domaine auquel ne s'étend pas le pouvoir législatif du Reich et ce qu'il peut appartenir de puissance législative aux Pays. Qu'on ajoute l'article 13 dont le paragraphe 1 est ainsi conçu : « Droit de Reich passe droit de Pays. » En droit, il n'est pas douteux que la Bavière a excédé ses pouvoirs et qu'elle doit s'incliner devant la décision législative du Reich. Ce conflit rend ainsi évidentes à tous les yeux l'unification et la centralisation politiques que la constitution de Weimar a données en Allemagne, et j'incline à croire que maintenant, en droit, comme d'ailleurs en fait, le Reich allemand est bien plutôt un État unitaire décentralisé qu'un État fédéral. Au moment où j'écris ces lignes, il semble cependant que le conflit entre la Bavière et le Reich va se résoudre par un compromis ; mais cela ne change rien à l'exactitude de ce que je viens de dire.

§ 13. — *La question de la souveraineté dans l'État fédéral.*

On vient de voir au paragraphe précédent que le désir de faire la construction juridique des États fédéraux et des États protégés a donné naissance à une théorie particulière de la souveraineté et à la doctrine d'après laquelle il existe des États non souverains. Mais il n'est pas inutile de consacrer quelques lignes particulièrement aux États fédéraux.

Cette forme politique a eu au XIXe siècle une fortune singulière. La constitution fédérale des États-Unis de l'Amérique du Nord, établie sous la pression des faits à la fin du XVIIIe siècle, a servi de modèle à presque tous les pays américains, et aujourd'hui le Mexique, le Brésil, le Vénézuéla, la République Argentine, pour ne citer que les principaux, sont constitués en la forme fédérale.

Qu'on les considère comme des États ou comme des provinces décentralisées de l'Empire britannique (cf. § 12), le Dominion canadien et la Commonwealth australienne ont aussi adopté la forme fédérale. Il convient de noter qu'au contraire, aux termes du *South african constitution Act,* approuvé par le parlement anglais le 21 août 1909, les quatre colonies anglaises de l'Afrique australe forment un groupement unitaire et non fédéral.

En Europe, la Suisse est une république fédérale. La constitution autrichienne du 1er octobre 1920 a déclaré que l'Autriche est un État fédéral se composant de Pays indépendants (art. 2). L'Empire allemand de 1871 était un État fédéral dans lequel il subsistait cependant quelques traces de l'ancienne Confédération germanique. La constitution républicaine du 11 août 1919 a fait disparaître tous les restes de l'ancienne Confédération, et on a vu au paragraphe précédent que c'est une

question débattue encore entre les juristes allemands de savoir si elle a remplacé l'État fédéral allemand par un État unitaire, ou si elle a, tout en l'atténuant, maintenu le fédéralisme.

Réduit à ses éléments simples, l'État fédéral est un État qui se compose d'un certain nombre d'États, un *État d'États,* suivant l'expression allemande (*Staatenstaat*). De cela, il résulte que les manifestations politiques qui se produisent dans un État fédéral sont de deux ordres : les manifestations de l'État fédéral lui-même et celles des États composants, appelés États-membres; et si l'on admet l'existence de la puissance publique, il y a la puissance publique de l'État fédéral et la puissance publique de chacun des États-membres.

Il faut se garder de confondre l'État fédéral (*Bundesstaat*) et la *Confédération d'États* (*Staatenbund*). Dans la confédération d'États, il n'y a pas d'État central; il n'y a pas d'autre puissance politique que celle de chacun des États confédérés. Chaque membre de la confédération conserve son autonomie entière; seulement il est convenu, par un contrat de droit international, que certaines affaires considérées comme étant d'intérêt commun seront réglées et gérées en commun. L'assemblée qui gère ces affaires n'est pas le parlement d'un État; elle est une conférence diplomatique composée des délégués de chaque État.

Dans l'État fédéral, au contraire, il y a un État central; et les organes fédéraux sont les organes de cet État central. Dans la confédération d'États, les individus ne sont soumis qu'à une puissance, celle des États confédérés dont ils sont les sujets ou sur le territoire duquel ils se trouvent; dans l'État fédéral, les individus sont toujours soumis à deux puissances : celle de l'État central et celle de l'État-membre dont ils sont les sujets ou sur le territoire duquel ils se trouvent.

C'est là précisément qu'apparaît le gros problème de l'État fédéral. La souveraineté étant ce que j'ai dit qu'elle était d'après la théorie classique et dans la conception française (§§ 10 et 11), il en résulte que le même territoire et les mêmes individus ne peuvent jamais être soumis à deux souverainetés, celle de l'État central et celle d'un État-membre.

L'antinomie n'avait point échappé aux auteurs français de la première moitié du XIXe siècle. Tocqueville (*La démocratie en Amérique*, 1835) l'avait bien aperçue. Il voyait dans le système fédéral le produit de circonstances particulières ; il pensait que la puissance fédérale américaine irait en s'affaiblissant au profit du pouvoir des États-membres. Les faits ont démenti ces prévisions. Cf. *La démocratie en Amérique*, 7e édit., 1839, I, p. 266, et II, p. 366. La forme politique fédérale se propage, et son domaine s'accroît. En Amérique et en Suisse, la puissance de l'État fédéral, au lieu de décroître au profit des États-membres, grandit au contraire, restreignant davantage le domaine d'action des États-membres. Aux États-Unis, la grande guerre a certainement contribué à augmenter encore l'action de la puissance fédérale au détriment des États-membres.

Les auteurs français contemporains, si l'on excepte Le Fur (*L'État fédéral*, un gros vol. in-8°, 1897, traduit en allemand, 2 vol., 1903, avec une bibliographie très complète), Mérignhac (*loc. cit.*, p. 190) et Carré de Malberg (*loc. cit.*, p. 88 et s.), ne se sont guère occupés de la question. Esmein paraît ignorer la difficulté. Il écrit en effet : « Dans les *États unitaires*, la souveraineté est une... *L'État fédératif* au contraire, bien que correspondant à une véritable unité nationale, fractionne la souveraineté... Certains attributs de la souveraineté sont enlevés par la constitution aux États particuliers et sont transférés à l'État fédéral » (*Droit*

constitutionnel, 7e édit., 1921, I, p. 6 et 7). Comment Esmein concilie-t-il ce fractionnement de la souveraineté avec la définition qu'il donne de la souveraineté à la page 1 : « Cette autorité qui naturellement ne reconnaît pas de puissance supérieure ou concurrente quant aux rapports qu'elle régit »?

Tous les auteurs qui se sont occupés de la question et qui ont maintenu la notion de souveraineté puissance indépendante de l'État, caractère essentiel de tout État, ont été obligés de dire, ou que l'État fédéral n'avait pas la souveraineté et n'était pas véritablement un État, ou que les États-membres n'étaient pas des États parce qu'ils n'avaient pas la souveraineté.

En Allemagne, le jurisconsulte bavarois Seydel a soutenu que seuls les États-membres de l'Empire allemand avaient la souveraineté, étaient seuls des États, que l'Empire pris en lui-même n'était point un État et n'avait point la souveraineté (Seydel, *Kommentar zur Verfassungskunde für das deutsche Reich*, 2e édit., 1897, p. 6 et 23). Cette doctrine a naturellement soulevé de très vives critiques en Allemagne, notamment de Laband (*Droit public*, édition française, 1900, I, p. 80) et de Rosenberg (*Archiv des öffent. Rechts*, XIV, 1899, p. 328).

D'autres auteurs, au contraire, notamment Borel, en Suisse, soutiennent que dans l'État fédéral il n'y a qu'un État, l'État central, qu'il ne peut y avoir que des États souverains, que l'État central a seul la souveraineté et que, par conséquent, les parties composantes ne sont jamais des États, quelque nom qu'on leur donne. « La souveraineté, dit Borel, est un élément essentiel de la nature de l'État ; l'État *fédératif* étant un État souverain, les États particuliers dont il se compose ne sont pas des États au sens juridique du mot. Qu'on les appelle cantons, États ou provinces, ils

ne présentent pas, aux yeux du droit public, le caractère suprême que ce dernier exige de l'État » (*Étude sur la souveraineté et l'État fédératif*, Genève, 1886, p. 103).

Sans discuter en détail ces diverses théories, on comprend aisément qu'elles ne sont pas admissibles. D'une part, on ne saurait évidemment admettre que la République américaine, la Confédération helvétique, la République argentine ne soient pas des États au sens juridique du mot. D'autre part, il est certain aussi qu'on ne saurait assimiler à des circonscriptions décentralisées d'un État unitaire les Cantons suisses, les États de l'Union américaine, et même sous la constitution de 1919, la Bavière et la Prusse.

C'est ce qu'a bien compris Le Fur. Comme Borel, il estime que l'État central possède incontestablement la souveraineté, qu'il est un État, et que, puisqu'il ne peut exister sur un même territoire et sur les mêmes individus qu'une seule souveraineté, les États-membres n'ont point la souveraineté et, par conséquent, ne sont pas des États. Mais notre collègue pense en même temps que c'est aller contre les faits et contre le droit, de soutenir, comme le fait Borel, que les États-membres d'un État fédéral ont le même caractère que les circonscriptions plus ou moins décentralisées d'un État unitaire, et il explique ainsi la différence. L'État fédéral doit être compris comme une corporation d'États ; par suite, les États-membres concourent à former la souveraineté fédérale ; les États-membres sont dans un État fédéral ce que les citoyens sont dans un État unitaire démocratiquement conçu : « Si le membre de l'État fédéral, écrit Le Fur, ne possède ni la souveraineté, ni le caractère d'État, il est cependant inexact de conclure de là qu'il n'est qu'une collectivité publique inférieure analogue à celles qui constituent l'État

unitaire (provinces, départements, communes). Il s'en distingue par un trait essentiel : la participation à la formation de la volonté de l'État, et, par conséquent, à la *substance* même et non pas seulement à l'exercice de la souveraineté, grâce auquel se trouvent réunis dans un même être les caractères distinctifs de la province autonome et du citoyen d'une république » (*L'État fédéral,* 1897, p. 680-682).

Cf. une doctrine analogue chez Gierke, *Jahrbücher de Schmoller,* VII, 1883, p. 1097 (doctrine discutée par Laband, I, p. 75); Hœnel, *Studien,* 1887, I, p. 63 et s. V. la critique de ces théories, Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 749 et s.; Rosenberg, *Der Begriff des Bundesstaats, Zeitschrift* de Tübingen, 1909, p. 664.

Si l'on maintient la théorie française de la souveraineté puissance indépendante, une et indivisible de l'État, cette théorie de l'État fédéral est certainement celle qui prête le moins à la critique. Cependant elle ne me satisfait point. En effet, en disant avec Le Fur que les États-membres sont participants à la substance de la souveraineté fédérale, comme les citoyens d'une république démocratique unitaire le sont à la substance de la souveraineté, on arrive logiquement à une conséquence qui ne cadre pas avec les faits. Si la souveraineté en sa substance appartient à la nation composée des citoyens, il ne s'ensuit pas que les citoyens aient un droit subjectif à l'exercice de cette souveraineté. De même si la souveraineté appartient dans sa substance à la corporation des États-membres, il ne s'ensuit pas que les États-membres aient un droit à l'exercice de la souveraineté. Or, il semble bien qu'en fait ce qui caractérise le fédéralisme, c'est le droit appartenant aux États composants de participer à la souveraineté. Il est vrai qu'on pourrait dire que de même que les individus ont le droit d'être reconnus comme membres de la nation, de même les États-membres ont le droit d'être reconnus comme membres de la corporation fédérale.

Carré de Malberg (*loc. cit.*, p. 123 et s.) a fait une critique très vive de la théorie présentée par Le Fur. J'ajoute que je voudrais bien que mon excellent collègue Le Fur m'explique ce que c'est que la *substance* de la souveraineté.

On a vu au paragraphe 12 que devant toutes ces difficultés certains auteurs allemands et français ont imaginé la théorie des États non souverains et enseignent que l'État central est seul souverain et que les membres sont des États, mais des États non souverains. On a essayé de montrer que les partisans de cette théorie ne peuvent pas établir la distinction entre l'État-membre non souverain d'un État fédéral et la circonscription décentralisée d'un État unitaire. En outre, cette doctrine de la souveraineté et des États non souverains serait-elle vraie, elle ne donne point une explication juridiquement satisfaisante de l'État fédéral. En effet, on dit que l'État central est seul souverain ; cela explique comment il peut déterminer sa sphère d'action propre, comme aussi celle des États-membres non souverains ; cette sphère d'action respective est déterminée par la constitution fédérale qui est, dit-on, une émanation de la volonté fédérale. A cela je réponds : tant que la constitution fédérale n'est pas faite, il n'y a pas d'État fédéral ; c'est donc un État fédéral qui n'existe pas encore, qui fait sa constitution, laquelle détermine la sphère d'action respective de l'État central et des États-membres. C'est un pur cercle vicieux.

Une pensée vient à l'esprit ; elle paraît bien conforme aux faits pour les États-Unis, la Suisse et l'Empire d'Allemagne : la constitution fédérale n'est pas l'œuvre de la volonté unilatérale de l'État fédéral, mais d'une collaboration (*Vereinbarung*) intervenue entre les États-membres. Ce sont donc eux, en fait, qui ont fixé la sphère d'action respective de l'État central et

des États-membres. Ce seraient donc eux qui dans la fédération, seraient seuls États souverains. Mais il est bien difficile de dire que l'État central n'a pas la souveraineté. On est donc ramené à la même impasse : il y a sur le même territoire deux souverainetés.

Finalement, je persiste à penser que quelle que soit la notion qu'on se forme de la souveraineté, on ne peut, en maintenant ce concept fondé sur la personnalité de l'État, édifier une conception juridique satisfaisante de l'État fédéral. On voit par là ce que vaut une conception juridique qui est en contradiction flagrante avec un des faits politiques les plus saillants du monde moderne.

Outre les auteurs précédemment cités, cons. Duguit, *L'État, les gouvernants et les agents,* 1902, p. 654 et s. ; Pohl, *Bundesstaatsschöpfung, Archiv des öffent. Rechts,* XX, 1905, p. 173 ; Kiefer, *Das Aufsichtsrech des Reichs über die Einzelstaaten,* Breslau, 1909, et, le compte rendu de Laband, *Archiv des öffent. Rechts,* XXVI, 1910, p. 364 ; Bryce, *La République américaine,* trad. française, partic. t. II, et la bibliographie très étendue donnée par Le Fur. Sur la nature de l'État fédéral, cons. aussi Carré de Malberg, *Théorie générale de l'État,* I, p. 159 et s. et II, p. 523 et s., note 17.

CHAPITRE II

LES FONCTIONS DE L'ÉTAT

§ 14. — *Les fonctions de l'État au sens juridique.*

J'emploie cette expression parce qu'elle est commode et conforme à l'usage. Il est évident que dans ma théorie de l'État elle n'est pas exacte. Je devrais dire : *l'activité juridique des gouvernants.* Mais peu importe l'expression pourvu qu'on s'entende.

Bien souvent, en parlant des fonctions de l'État, on a en vue l'intervention de celui-ci dans la vie sociale, économique, intellectuelle de la nation. Les uns veulent réduire au minimum cette intervention ; ils prétendent que l'État doit se borner à assurer la sécurité extérieure de la nation et du territoire, la sécurité des individus à l'intérieur, et qu'il ne doit intervenir d'aucune manière dans les relations économiques, dans la vie intellectuelle et morale du pays, que l'activité des gouvernants doit se réduire aux trois services de guerre, de police et de justice. Ce sont les partisans, d'ailleurs chaque jour moins nombreux, de la maxime célèbre : « Laissez faire, laissez passer ».

D'autres, au contraire, estiment que l'État a une mission très étendue qu'on ne peut point déterminer par des règles fixes, qui est très variable et qui, de nos jours, tend naturellement à s'accroître. Ils estiment que

l'État a un but de *culture* et qu'il ne peut remplir ce but qu'en intervenant activement dans les relations économiques des individus, dans les rapports du capital et du travail, en prenant en main la gestion des intérêts matériels, moraux, intellectuels de la nation.

Je ne veux pas discuter cette question ; mais je dois constater que la tendance générale est, dans tous les pays modernes, l'augmentation considérable de l'activité étatique. On peut le regretter ; on peut au contraire s'en réjouir ; on n'y changera rien ; il y a là un fait inévitable et indéniable. Il est la conséquence inéluctable de la transformation économique des peuples et des progrès de ce qu'on est convenu d'appeler la civilisation. Cf. § 8 ce que j'ai dit sur les services publics.

En parlant des fonctions de l'État, j'ai seulement en vue les fonctions juridiques de l'État. Ce sont évidemment les fonctions qui se manifestent dans le domaine du droit. Mais cette définition est trop vague et doit être précisée.

Au chapitre III, § 26, page 219 du tome I, j'ai défini l'acte juridique, tout acte de volonté intervenant avec l'intention qu'il se produise une modification dans l'ordonnancement juridique tel qu'il existe au moment où il se manifeste ou tel qu'il existera à un moment futur donné ; j'ai déterminé, d'une manière aussi précise que je l'ai pu, ce que l'on doit entendre par ordonnancement juridique. Il est évidemment incontestable que lorsque l'État intervient par une manifestation de volonté qui constitue un acte juridique, il exerce une fonction que l'on peut, que l'on doit appeler fonction juridique. Je rappelle que les actes juridiques sont des actes objectifs ou des actes subjectifs et que l'analyse distingue les actes-règles, les actes-conditions et les actes subjectifs. Cf. t. I, p. 221 et s.

L'État ou plutôt les gouvernants exercent donc des

fonctions juridiques lorsqu'ils font des actes-règles, des actes-conditions, des actes subjectifs; et les fonctions juridiques de l'État peuvent être classées, au point de vue de leur caractère interne ou, ce qui est la même chose, au point de vue matériel, suivant l'expression aujourd'hui couramment employée et sur le sens de laquelle je vais revenir, en trois catégories, suivant qu'elles consistent dans l'accomplissement d'actes-règles, d'actes-conditions ou d'actes subjectifs.

Cependant, ce serait assurément donner une définition trop étroite des fonctions juridiques de l'État si l'on disait qu'elles n'apparaissent que lorsqu'il fait un acte ayant véritablement, d'après sa nature interne, le caractère d'acte juridique. Très souvent sans doute les fonctions juridiques de l'État s'exercent au moyen d'actes ayant le caractère interne d'actes juridiques, accomplis par les gouvernants ou par leurs agents. Mais, très souvent aussi, les gouvernants ou leurs agents accomplissent des actes qui n'ont point en eux-mêmes le caractère d'actes juridiques et qui cependant se rattachent aux fonctions juridiques de l'État, soit parce qu'ils sont l'exécution d'un acte juridique proprement dit, soit parce qu'ils préparent ou rendent possible un acte de cette nature.

D'autre part, il ne faut pas oublier que, dans la conception actuelle de l'État, la notion de service public apparaît au premier plan. L'État, ai-je dit, n'est plus une souveraineté qui commande, il est une coopération de services publics. Les gouvernants ne sont plus les organes ou les mandataires de l'État exerçant la puissance souveraine dont celui-ci serait investi. Ils sont les gérants des services publics; une obligation d'ordre juridique, qui prend son fondement dans les éléments constitutifs de la société, les astreint à organiser en services publics certaines activités d'intérêt général et

à en assurer le fonctionnement sans qu'une interruption se produise. Par suite, la notion de service public joue un rôle important dans la détermination des fonctions juridiques de l'État, et l'on peut, en un sens, définir les fonctions juridiques de l'État toutes celles que les gouvernants exercent eux-mêmes ou par leurs agents pour organiser les services publics et en assurer le fonctionnement ininterrompu. Toutes les fois qu'ils interviennent en vue d'un pareil but, ils accomplissent une fonction d'ordre juridique, puisqu'alors ils ne font qu'exécuter les obligations qui leur incombent d'après les principes mêmes du droit supérieur qui s'impose à eux.

Mais il ne faut pas aller plus loin, et l'on commettrait de graves erreurs si, pour classer les différentes fonctions juridiques de l'État, on tenait compte des divers services que l'État organise et gère. Déterminer les fonctions de l'État en raison des diverses activités que celui-ci doit réaliser, c'est déterminer les fonctions de l'État au point de vue économique. Pour distinguer les diverses fonctions de l'État au point de vue juridique, il faut, étant supposé qu'il s'agit d'un service public quelconque, déterminer le caractère interne des actes qui sont faits. En un mot, toutes les fois que l'État intervient en vue d'un service public, il exerce une fonction juridique. Mais de quel ordre est cette fonction? Cela dépend, non point du service public en vue duquel il intervient, mais de la nature interne au point de vue du droit de l'acte qu'il accomplit. En d'autres termes, c'est uniquement d'après les modifications qui à la suite de l'acte se produisent dans l'ordonnancement juridique, soit dans le domaine du droit objectif, soit dans les situations juridiques subjectives, que doivent être distinguées les différentes catégories de fonctions juridiques de l'État.

Une erreur aussi très répandue consiste à déterminer les diverses fonctions juridiques de l'État d'après l'organe qui accomplit telle ou telle fonction. Procéder ainsi c'est, suivant une terminologie commode et de plus en plus répandue, se placer au point de vue formel. Sans doute, la suite de ces études le montrera, il y a parfois intérêt à tenir compte de l'organe qui accomplit tel ou tel acte, notamment pour la recevabilité des recours dont un acte est susceptible et aussi pour la responsabilité qu'il peut entraîner. Mais alors, on ne détermine pas les diverses fonctions juridiques de l'État ; on décrit le fonctionnement de ses divers organes. Pour distinguer du point de vue juridique les diverses fonctions de l'État, il faut se placer exclusivement au point de vue matériel, c'est-à-dire considérer les actes accomplis dans leur nature interne, abstraction complète faite de l'organe, de l'agent qui est intervenu.

Cette distinction, qui dès à présent me semble très simple, apparaîtra d'une manière encore plus précise quand j'étudierai séparément les diverses fonctions juridiques de l'État. Dès maintenant j'y insiste tout particulièrement parce qu'il arrive très souvent que d'excellents auteurs, après avoir formulé la distinction du point de vue formel et du point de vue matériel, bientôt après, consciemment ou inconsciemment, l'abandonnent complètement et se mettent en contradiction évidente avec eux-mêmes. On verra notamment que pour la fonction législative et pour la fonction juridictionnelle, laquelle, il faut le reconnaître, soulève des difficultés particulières, on confond continuellement les deux points de vue, et que bien des controverses inutiles proviennent de cette confusion.

Dans la doctrine aujourd'hui dominante en France et à l'étranger, on distingue trois grandes fonctions juri-

diques de l'État : la fonction législative, la fonction administrative et la fonction juridictionnelle. Ne pas dire fonction *judiciaire,* ce mot devant être employé uniquement au point de vue formel pour désigner une certaine catégorie de fonctionnaires. Il n'est pas inutile de donner dès à présent une notion générale, au point de vue exclusivement matériel, de chacune de ces fonctions.

L'État exerce la fonction législative, quel que soit l'organe qui intervient, toutes les fois qu'il fait un acte-règle, toutes les fois qu'il formule une disposition normative ou constructive, modifiant sur un point quelconque et d'une manière quelconque le droit objectif, tel qu'il existe au moment où il intervient.

L'État exerce la fonction administrative toutes les fois qu'il accomplit un acte-condition ou un acte subjectif ou quand ses agents procèdent, pour assurer le fonctionnement d'un service public, à l'accomplissement d'actes purement matériels.

Enfin, par la fonction juridictionnelle, l'État résout une question de droit qui lui est posée. Pour cela, il déclare s'il y a eu ou non violation d'une règle de droit, naissance ou non d'une situation juridique objective ou subjective, atteinte ou non à une situation de droit objectif ou de droit subjectif. Il prend une décision qui est la conséquence logique de la solution donnée à la question de droit et qui est destinée à en assurer la réalisation. La question de la vraie nature de la fonction juridictionnelle a soulevé, on le verra aux paragraphes 28 et suivants, de nombreuses et graves difficultés, lesquelles proviennent en partie de ce que les meilleurs auteurs et le législateur lui-même confondent continuellement le point de vue matériel et le point de vue formel.

Ainsi, on parle souvent de fonction judiciaire, au lieu

de dire fonction juridictionnelle. L'expression fonction judiciaire, je l'ai déjà fait observer, doit être réservée pour désigner exclusivement l'ensemble des actes faits par des fonctionnaires, existant dans la plupart des pays et formant l'ordre dit judiciaire; c'est le point de vue formel. Or, l'ordre judiciaire fait sans doute beaucoup d'actes juridictionnels, mais il fait aussi beaucoup d'actes qui n'ont pas ce caractère. D'autre part, de nombreux actes juridictionnels sont faits par des organes ou des agents qui n'appartiennent pas à l'ordre judiciaire. C'est pourquoi, si l'on veut être précis et éviter les confusions, il faut dire fonction *juridictionnelle* et non fonction *judiciaire*.

Les auteurs français indiquent souvent deux fonctions essentielles de l'État : la fonction législative et la fonction exécutive. Quelques-uns font rentrer dans la fonction exécutive la fonction administrative et la fonction juridictionnelle (qu'ils appellent fonction judiciaire); d'autres font de la fonction juridictionnelle une troisième fonction, distincte de la fonction exécutive. Peut-être le législateur français, à certaines époques, a-t-il admis l'existence d'une fonction exécutive. Mais ses dispositions sur ce point n'ont jamais été précises. J'espère démontrer (§ 32) que la fonction exécutive n'a point un caractère spécifique qui la distingue des autres fonctions, que les actes qu'on veut y rattacher appartiennent à l'une des trois fonctions législative, administrative ou juridictionnelle. Au reste, l'expression qu'on trouve dans nos constitutions est surtout *pouvoir exécutif;* je crois bien qu'on n'y trouve pas une fois l'expression *fonction exécutive*. Par l'expression *pouvoir exécutif,* le législateur constituant désignait (cf. § 41) un élément de la souveraineté, incorporé dans un certain organe. De ce que les constitutions créaient un organe incorporant le pouvoir exécutif, ou plus brève-

ment un pouvoir exécutif, on a conclu qu'il y avait réellement une fonction exécutive ; mais c'était confondre encore le point de vue matériel et le point de vue formel.

Même observation relativement à la fonction *gouvernementale* et à la fonction *réglementaire,* qui sont parfois indiquées comme des fonctions ayant un caractère propre. Il sera facile de montrer que les actes qu'on rattache à ces prétendues fonctions sont des actes législatifs ou administratifs, et que la confusion des deux points de vue matériel et formel a été la vraie cause de l'erreur; que si, par exemple, on a voulu de toute force trouver entre la loi et le règlement une différence qui n'existe pas, c'est que ces deux actes sont faits par des organes différents, et que si l'on a parlé de fonction *gouvernementale,* c'est qu'un des principaux organes de l'État porte le nom de *gouvernement.*

Pour l'analyse des fonctions de l'État, cons. Pillet, *Recherches sur les droits fondamentaux des États,* 1899, p. 39 et s.; Artur, *Séparation des pouvoirs et des fonctions,* 1905; Ducrocq, *Droit administratif,* 7e édit., I, p. 134; Hauriou, *Droit administratif,* 7e édit., 1911, p. 34 et s.; 9e édit., 1919, p. 75 et s.; 10e édit., 1920, p. 29 et s.; Carré de Malberg, *Théorie générale de l'État,* 1920, I, p. 259 et s.; Orban, *Droit constitutionnel,* 1906, I, p. 395 et s. On doit noter que l'auteur confond pouvoir et fonction.

Les auteurs allemands ont procédé à une analyse approfondie des fonctions juridiques de l'État. Cf. notamment L. Stein, *Die Verwaltungslehre,* I, 1869, p. 3-34; Jellinek, *Allgemeine Staatslehre,* 2e édit., 1905, p. 591; Laband, *Droit public,* édition française, II, 1901, p. 504 et s.; Hœnel, *Studien zum deutschen Staatsrechte,* II, 1888, p. 99 et s.; Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre,* 1911, p. 465 et s.

Carré de Malberg (*loc. cit.*, p. 259) distingue les fonctions de l'État et les attributions de l'État, distinction qui correspond à celle que je fais entre les fonctions juridiques et les fonctions économiques de l'État. Il définit les fonctions de l'État les diverses activités de l'État en tant qu'elles constituent des modes d'exercice variés de la puissance étatique. Définition logique avec le point de départ adopté par l'auteur qui voit dans l'État une puissance et toujours une puissance. Je prends le contre-pied de cette idée ; Carré de Malberg et moi ne parlons pas la même langue.

§ 15. — *La loi au sens matériel.*

Il est indispensable d'appliquer à la notion de loi la distinction déjà indiquée du point de vue *formel* et du point de vue *matériel*. La plupart des difficultés qui se sont élevées à l'occasion de la nature de la loi proviennent de ce que cette distinction n'est pas faite, ou de ce que, ayant été faite, elle n'est pas suivie jusqu'au bout.

Au point de vue formel, est *loi* toute décision émanée de l'organe qui, d'après la constitution du pays considéré, a le caractère d'organe législatif. En France, d'après la constitution de 1875, cet organe est le parlement agissant avec un certain concours du président de la République, qui parfois propose et promulgue la loi, mais qui doit toujours intervenir au moins par la promulgation (L. const., 16 juillet 1875, art. 7). Dès lors, est loi *formelle* toute disposition et *seulement* la disposition qui est votée par le parlement et promulguée par le président de la République, quels que soient le caractère interne et l'objet de cette disposition.

Au point de vue *matériel*, est loi tout acte qui possède en soi le caractère intrinsèque de loi, et cela indépendamment de l'individu ou du corps qui fait l'acte. C'est l'acte législatif d'après sa nature propre, qui peut être en même temps une loi formelle, mais qui aussi peut ne pas l'être, qui très souvent ne l'est pas. Quand on veut déterminer ce qu'est la fonction législative, ce que l'on doit déterminer, c'est seulement, mais complètement, le caractère de l'acte législatif au point de vue matériel.

Cette distinction entre la loi matérielle et la loi formelle est rationnelle, et elle est aujourd'hui généralement admise. Mais cadre-t-elle avec les textes de notre droit constitutionnel positif?

Il semble bien que les auteurs de la Déclaration des droits de 1789, en définissant la loi « l'expression de la volonté générale » (art. 16), n'ont compris la notion de loi qu'au sens formel. L'article 6 de la section III du chapitre III du titre III de la constitution de 1791 ne donne aussi qu'une définition de la loi au sens formel : « Les décrets sanctionnés par le roi... ont force de loi et portent le nom et l'intitulé de *Lois*. » Il est vrai qu'aux termes de l'article 1er de la section I du chapitre III du titre III, le corps législatif reçoit le pouvoir « de proposer et de décréter les lois » et une série d'attributions spécialement indiquées, et qui sont ainsi bien distinguées de la loi. D'après ce texte, la loi ne serait donc pas toute décision du corps législatif, et le législateur constituant de 1791 aurait eu la notion de la loi matérielle. Il paraît bien que l'Assemblée de 1789 n'a eu que des idées flottantes sur la vraie notion de loi.

La Déclaration des droits de 1793 définit aussi la loi « l'expression de la volonté générale »; mais elle ajoute : « Elle ne peut ordonner que ce qui est juste et utile à la société; elle ne peut défendre que ce qui lui est nuisible » (art. 4). C'était définir la loi par son contenu et donner ainsi une définition de la loi au sens matériel. Mais la constitution de 1793 a au contraire donné au mot loi un sens purement *formel*. Elle distingue les *lois* et les *décrets* : les *décrets* sont *rendus* par le corps législatif, et les *lois* simplement *proposées* par le corps législatif; la loi *proposée* devient loi, si dans les quarante jours de l'envoi dans la moitié des départements plus un, le dixième des assemblées primaires de chacun d'eux n'a pas réclamé; s'il y a réclamation, le corps législatif convoque les assemblées primaires, qui acceptent ou rejettent la loi par *oui* ou par *non* (Const. de 1793, art. 53-60 combinés avec les art. 10 et 19). L'ar-

ticle 54 énumère les matières qui font l'objet d'une loi ; et parmi ces matières, il en est qui sont qualifiées d'administratives par le texte lui-même. C'est la conception purement *formelle* de la loi. La constitution de l'an III ne contient aussi qu'une définition formelle : « La loi est la volonté générale exprimée par la majorité ou des citoyens ou de leurs représentants. Les résolutions du conseil des cinq-cents, adoptées par le conseil des anciens, s'appellent *lois* » (Décl. des droits de l'an III, art. 6, et Const., art. 92).

Quant aux lois constitutionnelles de 1875 actuellement en vigueur, elles ne contiennent qu'un texte obscur et ambigu. C'est l'article 1er de la loi du 25 février 1875 : « Le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées, la chambre des députés et le sénat. » La pensée du législateur de 1875 était surtout d'affirmer dans ce texte le principe de la dualité du parlement. Quant à la conception de la loi, s'il en avait une, elle n'y apparaît que très imparfaitement. Ce texte veut-il dire que toute décision des deux chambres est une loi, quel que soit son contenu ? Ou signifie-t-il que la loi au sens matériel ne peut résulter que du vote des deux chambres ? Il est difficile de se prononcer.

De tout cela il résulte que le juriste n'est lié par aucun texte de notre droit positif et qu'il peut ainsi en toute liberté faire la théorie rationnelle de la fonction législative.

Quelques auteurs français, notamment Ducrocq (*Droit administratif*, 7e édit., 1897, I, p. 12), Beudant (*Cours de droit civil*, publié par son fils, I, p. 4, 1896), Jacquelin (*Principes dominants du contentieux administratif*, 1899), n'admettent que la conception *formelle* de la loi et attribuent la qualité de loi à tout acte fait par le parlement en la forme législative sans qu'on ait à rechercher le caractère intrinsèque de cet acte. Mais aujourd'hui la plupart des auteurs distinguent bien la loi *formelle* et la loi *matérielle* et cherchent à préciser la notion de loi matérielle, de fonction législative.

Esmein admet la distinction et donne la définition suivante de la loi matérielle : « Une règle impérative ou prohibitive posée par le souverain, qui statue non dans un intérêt particulier, mais dans l'intérêt commun, non à l'égard d'un individu isolé, mais à l'égard de tous, pour l'avenir et à toujours » (*Droit constitutionnel*, 7e édit., 1921, I, p. 22; cf. II, p. 399).

Planiol (*Droit civil*, I, n. 136), Artur (*Séparation des pouvoirs et des fonctions*, p. 6 et s.), Hauriou (*Droit administratif*, 6e édit , 1907, p. 289 et s.; 7e édit., 1911, p. 35 et s.; 9e édit., 1919, p. 79 et s.; 10e édit., 1921, p. 56 et s.) admettent aussi la distinction et montrent que l'essentiel est de déterminer le caractère matériel de la loi, la nature interne de la fonction législative. Hauriou dit que la loi doit être définie au point de vue de sa matière en opposition avec le règlement. Je crois que sur ce point Hauriou se trompe, et j'espère montrer qu'il n'y a point de différence *matérielle* entre la loi et le règlement (cf. § 20).

Hauriou donne en outre des définitions de la loi qui ne sont pas sans quelque obscurité : « La loi est le statut de l'institution nationale dégagé dans une pensée de garantie des libertés individuelles, » (6e édit., p. 297 et la note 1) ; et encore : « La loi est une disposition impérative qui centralise le droit de l'État sur la base des similitudes individuelles » (*Principes de droit public*, 1910, p. 615, et *Droit administratif*, 7e édit., 1911, p. 38). On lira toutefois avec beaucoup d'intérêt tout le chapitre XIII intitulé : *La loi et la centralisation* (p. 595), où l'auteur détermine quels sont pour lui les éléments formels et les éléments matériels de la loi et essaie d'ailleurs vainement, il nous semble, d'établir une différence réelle entre la loi et le règlement.

La dernière définition de la loi donnée par Hauriou est celle-ci : « La loi est une règle générale, écrite à la suite d'une opération à procédure faisant intervenir des représentants de la nation, qui déclare obligatoires des rapports sociaux découlant de la nature des choses en les interprétant du point de vue de la liberté » (*Droit administratif*, 10e édit., 1921, p. 56). — Cette définition présente, à mon sens, le tort grave de mélanger le point de vue formel et le point de vue matériel. D'autre part, ce qui constitue pour Hauriou l'élément matériel de la loi, c'est « l'interprétation des rapports sociaux du point de vue de la liberté », c'est-à-dire le but poursuivi, la protection de la liberté. Or, le caractère juridique interne d'un acte ne peut être déterminé par le but poursuivi, mais seulement par l'effet juridique consécutif à cet acte. On reviendra sur ce point, *infra*, § 20, en étudiant la

loi et le règlement. Pour le moment, je fais seulement observer que si la loi a pour caractère essentiel d'interpréter les rapports sociaux « du point de vue de la liberté », il y a bien des dispositions considérées par tout le monde comme des lois qui ne le sont pas, par exemple les lois dites de sûreté générale.

Carré de Malberg (*loc. cit.*, I, p. 285 et s.), après avoir exposé et longuement critiqué les doctrines qui distinguent la loi au point de vue matériel et la loi au point de vue formel, déclare que cette distinction est contraire au droit constitutionnel français, et que c'est une erreur de la doctrine régnante d'avoir cru qu'il était possible de créer une notion de la loi qui fût débarrassée de tout élément formel, et il donne de la loi la définition suivante qui est purement formelle : « La loi est toute décision émanant des assemblées législatives. » L'auteur ajoute que le domaine de la loi est illimité, et que le législateur n'a d'autre limite à son action que celle qu'il se donne à lui-même. Carré de Malberg est aux antipodes de mes conceptions (Cf. t. I, p. 488).

En Allemagne et en Italie, la distinction du point de vue formel et du point de vue matériel est généralement admise. V. notamment Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, 1887, p. 313 et s.; Laband, *Droit public*, édition française, 1901, II, p. 260 et s.; G. Meyer, *Staatsrecht*, 4e édit., 1895, p. 481, et toute la bibliographie donnée par Laband et G. Meyer; Kelsen, *Hauptprobleme der Satatsrechtslehre*, 1911, p. 537 et s.; Donato Donati, *I caratteri della legge in senso materiale*, 1910, et la bibliographie donnée par l'auteur à la page 55.

Au point de vue matériel, la loi est l'acte par lequel l'État formule une règle de droit objectif ou crée des règles, organise des institutions destinées à assurer la mise en œuvre d'une règle de droit objectif. La fonction législative est naturellement la fonction de l'État, qui consiste à faire des lois ainsi comprises. Que la loi positive considérée soit simplement la formule d'une règle de droit admise à une époque donnée, ou qu'elle contienne une série de règles destinées à assurer l'application de cette règle de droit, la loi positive a toujours pour fondement une règle de droit objectif. Ces règles que formule l'État, soit pour constater le droit objectif, soit pour le mettre en œuvre, sont elles-mêmes des

règles de droit objectif ; de telle sorte que *lato sensu* on peut définir la loi matérielle en disant que c'est tout acte émané de l'État contenant une règle de droit objectif. La loi est un acte-règle.

Il est évident que j'aurai établi cette proposition si je démontre que les caractères essentiels de la règle de droit objectif se trouvent et doivent se trouver dans la loi matérielle. Or les deux caractères essentiels de la règle de droit (t. I, p. 1 et s.) sont la généralité et le caractère impératif. Il reste donc à montrer que toute loi matérielle a ces deux caractères, ne peut pas ne pas les avoir, qu'elle ne peut pas ne pas être une règle impérative.

§ 16. — *La loi matérielle est une disposition par voie générale.*

Cela veut dire que la loi contient une disposition qui ne disparaît pas après son application à un cas prévu et déterminé d'avance, mais qui survit à cette application, et qui s'appliquera, tant quelle ne sera pas abrogée, à tous les cas identiques à celui qu'elle prévoit. Elle est alors générale même si en fait elle ne s'applique qu'une fois. La disposition par voie individuelle, au contraire, est établie en vue d'une espèce déterminée ; appliquée à cette espèce, elle disparaît, parce que le but spécial, concret qu'on avait en l'établissant est réalisé. La disposition de la loi étant générale survit à son application à une ou plusieurs espèces déterminées. De ce qu'elle est générale il résulte qu'elle est aussi abstraite : ce qui veut dire qu'elle est portée sans considération d'espèce ou de personne.

Deux exemples très simples feront comprendre les différences entre une disposition individuelle et concrète d'une part et une disposition générale et abstraite

d'autre part. L'État décide qu'une récompense sera donnée à tel citoyen qui a rendu des services éminents à la patrie : disposition individuelle et concrète qui vise un cas et une personne déterminés et qui disparaît, comme épuisée, quand elle a été appliquée, parce que le but poursuivi est réalisé. Au contraire, l'État décide que toute personne qui a commis tel fait sera punie de telle peine : disposition par voie générale et abstraite. En établissant cette règle, l'État n'a pas eu en vue telle ou telle personne se trouvant à un moment donné dans une situation concrète déterminée, mais l'intérêt social, pris en soi et d'une manière abstraite ; cette disposition, ayant été appliquée une première fois, restera intacte dans sa force et s'appliquera, tant qu'elle ne sera pas abrogée, toutes les fois que se produira un fait réunissant les conditions qu'elle prévoit.

La disposition par voie générale et abstraite est une loi au sens matériel. La disposition par voie individuelle et concrète n'est pas une loi au sens *matériel;* elle est une loi au sens *formel* si elle émane de l'organe législatif. Au point de vue *matériel,* elle sera, suivant les circonstances, un acte administratif ou un acte juridictionnel.

On peut citer trois exemples très nets de lois formelles, c'est-à-dire d'actes faits en forme de loi, mais n'ayant point le caractère matériel de loi, parce qu'ils sont des actes individuels. Ce sont les deux lois du 13 juillet 1906, dont la première décide que le lieutenant-colonel en réforme Picquart est réintégré dans les cadres de l'armée et promu général de brigade, et l'autre que le capitaine d'artillerie Dreyfus est, par dérogation à l'article 4 de la loi du 10 mars 1880, promu chef d'escadron, et la loi du 9 juillet 1907 qui ordonnait le renvoi anticipé des militaires appartenant à la classe 1903 et dont l'article 3 portait : « Seront exclus du bénéfice des dispositions de l'article 1er les militaires du 17e régiment d'infanterie qui ont manqué, le 21 juin 1907, à tous les appels effectués depuis le réveil jusqu'à midi. » C'étaient des dispositions individuelles, constituant des dérogations à des

règles générales; elles n'étaient point des lois au sens matériel; et en les votant, le parlement commettait assurément un excès de pouvoir contre lequel d'ailleurs il n'y avait aucune voie de recours.

Cf. sur les lois Picquart et Dreyfus, Delpech, *Revue du droit public,* 1906, p. 507, et sur la loi du 9 juillet 1907, G. Barthélemy, *Revue du droit public,* 1907, p. 472.

J.-J. Rousseau a bien aperçu et mis très nettement en relief le caractère de généralité de la loi, montrant que c'est là son caractère essentiel. Il écrit : « Quand je dis que l'objet de la loi est toujours général, j'entends que la loi considère le sujet en corps et les actions comme abstraites et jamais un homme comme individu ni une action particulière. » Il ajoute : « Ce qu'ordonne *même le souverain* sur un objet particulier n'est pas non plus une loi, mais un décret, ni un acte de souveraineté, mais un acte de magistrature » (*Contrat social,* liv. II, chap. VI).

Les représentants les plus distingués de la doctrine française estiment que la généralité est la caractéristique essentielle de la loi. Esmein dit que « ce qui fait la vertu protectrice de la loi, c'est sa conception même, qu'elle statue non dans un intérêt particulier, mais dans l'intérêt commun, non à l'égard d'un individu isolé, mais à l'égard de tous pour l'avenir et à toujours » (*Droit constitutionnel,* 5e édit., 1909, p. 15; 6e édit., p. 20; 7e édit., I, p. 23). Planiol : « La loi est établie en permanence pour un nombre indéterminé d'actes et de faits; toute décision de l'autorité publique qui ne doit être exécutée qu'une fois n'est pas une loi, c'est un acte d'administration » (*Droit civil,* I, n° 136). Artur : « La loi est une règle générale qui ne se rattache à aucune autre prescription antérieure comme mesure d'exécution » (*Séparation des pouvoirs et des fonctions,* p. 8). Je fais bien quelques réserves à l'égard de certains termes de ces définitions. Mais elles montrent que les auteurs français les plus autorisés voient dans la généralité le caractère essentiel de la loi.

En Allemagne, de très bons auteurs enseignent aussi que la généralité est la caractéristique de la loi, par exemple Mohl et Gerber, considérés comme les fondateurs de la doctrine moderne allemande de droit public. « L'activité primaire de l'État, dit Mohl, est la législation, c'est-à-dire l'établissement de règles générales qui déterminent les rapports des sujets avec l'État et aussi les rapports des citoyens entre eux » (*Staatsrecht,* I, p. 193, 2e édit.). Et Gerber : « Comme législateur, l'État manifeste sa volonté en la forme de règles abstraites » (*Grundzüge des*

Staatsrechts, p. 145, 3e édit.). G. Meyer, répondant à un article de Martitz, a montré, d'une manière qui paraît péremptoire, que seule peut être considérée comme loi une disposition édictée par voie générale (G. Meyer, *Zeitschrift* de Grünhut, VIII, 1881, p. 1 et s.). Cf. l'article de Martitz auquel répond G. Meyer, *Zeitschrift* de Tübingen, XXXVI, p. 207, 1880. Pour la bibliographie complète, cons. Laband, *Droit public*, édition française, 1901, II, p. 261; G. Meyer, *Staatsrecht*, p. 21, note 1, 4e édit., 1895, et Anschütz, *Kritischen Studien zur Lehre vom Rechtssatz*, 1902. Pour la discussion de ces diverses théories, cons. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, p. 537 et s.

Théorie de Laband et de Jellinek. — Ces auteurs enseignent que la loi est bien une règle de droit, que la règle de droit, et par conséquent la loi qui l'exprime, est *habituellement* une règle générale, mais ne l'est pas nécessairement, et qu'il peut y avoir des règles de droit, et partant des lois matérielles présentant le caractère de spécialité. D'après ces auteurs, l'erreur que l'on commet en disant que toute loi matérielle est une disposition par voie générale vient d'une assimilation inexacte des lois juridiques aux lois naturelles. Celles-ci expriment en effet des rapports généraux et constants existant entre les phénomènes naturels. Mais les rapports sociaux n'existent point avec la même constance, et dès lors il n'y a point impossibilité à ce que certaines lois juridiques soient spéciales.

La loi matérielle, d'après Laband et Jellinek, est toute décision qui crée un droit nouveau avec force obligatoire, c'est-à-dire établit pour l'État ou pour les individus des droits ou des obligations non encore contenus dans l'ordre juridique existant. Une disposition qui modifie la sphère juridique de l'État ou d'un individu, serait-ce sur un point particulier, est une loi matérielle, puisqu'elle modifie l'ordre juridique existant et contient vraiment une règle de droit. Laband écrit notamment : « C'est seulement en tant que la volonté du sujet est limitée, vis-à-vis d'une volonté étrangère, par un ordre, une défense, une autorisation, en tant qu'un droit, une obligation, une protection, sont créés vis-à-vis d'autres personnes, que l'ordre de droit intervient, sans distinguer s'il y a un ordre individuel ou une disposition par voie générale. »

Laband, *Droit public*, édition française, 1901, II, p. 260; Jellinek, *Gesetz und Verordung*, 1887, p. 232, et *Allgemeine Staatslehere*, 2e édit., 1905, p. 595.

Cette doctrine est inacceptable; les raisons qu'elle apporte et

les objections qu'elle dirige contre la théorie que je défends ne tiennent pas. D'abord elle contient une contradiction interne. Laband et Jellinek admettent comme moi que la loi matérielle contient une règle de droit, et ils opposent très justement le *Rechtsgesetz*, la loi, à la *Rechtsgeschäft*, l'acte juridique. Or la règle de droit, étant par essence même une règle sociale, est nécessairement une règle générale. Si la loi peut être spéciale, je ne vois pas la différence qui peut exister entre un acte juridique émané de l'Etat (acte administratif) et une loi spéciale. Laband et Jellinek définissent la loi spéciale celle qui modifie la sphère juridique d'une personne. Quelle autre définition que celle-là peuvent-ils donner de l'acte juridique ? S'ils étaient logiques, ils devraient voir, par exemple, dans l'acte de nomination d'un fonctionnaire une loi spéciale, car il y a bien là un acte qui modifie la sphère juridique d'une personne.

On dit, il est vrai, que les rapports sociaux n'étant pas des rapports constants, il ne faut pas assimiler les lois juridiques aux lois de la nature. C'est absolument exact. Les lois juridiques sont des règles qui s'imposent à des volontés conscientes; les lois naturelles sont l'expression de rapports existant entre des faits, rapports qui nous apparaissent comme constants et comme permanents. D'ailleurs, il se pourrait bien qu'il n'y eût là qu'une illusion (cf. Boutroux, *De la contingence des lois de la nature*). Cela ne prouve pas que la loi juridique ne doive pas être logiquement et socialement toujours une règle générale; elle peut être temporaire, changeante comme les rapports sociaux qu'elle régit; mais elle n'en est pas moins générale parce qu'elle découle de la vie sociale elle-même.

On trouvera une critique détaillée de la théorie de Laband et de Jellinek dans Kelsen, *Hauptprobleme*, 1911, p. 552 et s., et surtout dans Carré de Malberg, *Théorie générale de l'État*, 1921, p. 294 et s. Ce n'est pas que cet auteur admette que la loi, au point de vue matériel, soit une disposition par voie générale. Il confond continuellement le point de vue matériel et le point de vue formel; et finalement, on l'a vu précédemment, il rejette la distinction et donne de la loi une définition purement formelle. Il ajoute (p. 297) que « la doctrine qui prétend que l'essence et la raison d'être de la loi consistent dans sa généralité semble dénuée de toute portée pratique et de tout intérêt juridique ».

Il resterait à démontrer que cela est vrai et l'auteur ne le fait point. Je me borne à dire ici que la décision individuelle d'un parlement est du point de vue matériel un acte administratif et

qu'en droit positif français, il fonde la compétence administrative. Mais, dit Carré de Malberg, la légalité d'un pareil acte ne peut être appréciée par aucun tribunal, ni administratif, ni judiciaire, et, par conséquent, il n'y a aucun intérêt à dire que c'est un acte administratif et non un acte législatif. — Il est vrai que, dans l'état actuel du droit positif français, aucun recours n'est recevable contre une décision du parlement en forme de loi. Mais en résulte-t-il que le rôle du juriste ne lui permette pas d'affirmer, quand il y a lieu, l'illégalité d'un pareil acte? Je ne puis admettre et je n'admettrai jamais que la tâche du juriste soit achevée lorsqu'il aura enregistré la volonté, quelle qu'elle soit, d'un parlement. Tout l'ouvrage de Carré de Malberg est, au reste, impreigné de tendances régaliennes contre lesquelles je ne saurais trop énergiquement m'élever.

Le caractère de généralité, qui est le caractère essentiel de la loi, me paraît avoir un double fondement rationnel et historique.

Fondement rationnel. — Le caractère de généralité est la conséquence logique de l'idée que l'on se forme universellement de la loi. Les gouvernants formulent les règles de droit parce que leur première mission est d'assurer la réalisation du droit. Cette règle de droit est la discipline sociale fondée sur l'interdépendance des hommes vivant en société. La loi positive est l'expression même de cette règle ; elle doit donc avoir les mêmes caractères et la même portée. Cette règle de droit est individuelle parce qu'elle s'applique aux individus ; mais elle est sociale parce qu'elle dérive de la société elle-même. Étant sociale, elle est générale. Elle ne vise pas une espèce particulière, devant devenir sans valeur quand elle a été appliquée à cette espèce. Elle est un élément de la vie sociale et doit avoir la même étendue que la vie sociale elle-même. En d'autres termes, la règle de droit est la règle de conduite des hommes vivant en société ; elle est générale parce qu'elle s'applique à tous les hommes et à toutes les circonstances de la vie sociale. La loi est la règle de

droit formulée par l'État ; ce n'est pas parce qu'elle est formulée qu'elle peut changer de caractère ; elle reste formulée en loi ce qu'elle est dans la réalité, c'est à-dire une règle générale. Cf. t. I, chap. I.

Fondement historique. — D'autre part, la généralité est la raison d'être même de la loi, et c'est parce que la loi a été conçue comme une règle générale que s'est constituée historiquement la fonction législative. Cette fonction est venue répondre à un certain besoin social, précisément et uniquement parce que la loi est une règle générale.

Il semble bien établi aujourd'hui en sociologie que la fonction législative est celle des fonctions juridiques de l'État qui a apparu chronologiquement la dernière. Pendant longtemps, la puissance politique, même chez des peuples parvenus à un certain degré de civilisation, n'est intervenue que par voie d'actes individuels, en faisant ce que nous appelons aujourd'hui des actes administratifs et des actes juridictionnels. Les chefs veulent telle ou telle chose, soit spontanément, soit sur la demande des sujets qui ont un différend, et ils emploient leur force matérielle pour assurer l'obéissance à leur volonté. Le procédé de la loi positive n'a pu évidemment être employé que lorsqu'on a connu l'écriture et les moyens matériels de conserver une règle écrite. Mais cela ne suffisait pas, car il fallait, en outre, que la conscience d'une règle sociale de droit eût fortement pénétré l'esprit des hommes. La loi écrite a été l'extériorisation naturelle de la conscience juridique de la collectivité. Le phénomène a été précédé d'une période exclusivement coutumière, la coutume étant un mode, imparfait sans doute, mais réel, d'expression du droit. L'expression par la coutume s'est maintenue à côté de l'expression par la loi écrite ; mais du jour où la fonction législative de l'État a été bien comprise,

elle a occupé la place de beaucoup prépondérante dans l'expression du droit.

En effet, il est arrivé un moment où l'on a compris que la fixité, la généralité, le caractère abstrait de la loi écrite constituaient la protection la plus efficace de l'individu contre l'arbitraire de l'État, un moment où l'on a eu la conception de la *légalité*. On a compris que les détenteurs du pouvoir politique ne devaient pas pouvoir prendre arbitrairement telle ou telle décision individuelle, en vue de telle ou telle situation déterminée ; qu'ils étaient liés par la règle générale formulée d'une manière abstraite sans considération ni d'espèce ni de personne, et ne pouvaient prendre de décision individuelle que conformément à la règle générale contenue dans la loi. Du moment où ce régime a été compris et appliqué, l'individu s'est senti fortement protégé contre la toute-puissance des gouvernants, car il est évident que cette règle générale et abstraite, qui limite leur action, présente beaucoup moins de danger d'arbitraire qu'une décision individuelle, qui peut toujours être provoquée par la haine, l'ambition ou la vengeance.

Cette conception de la *légalité* a été surtout élaborée par la Grèce antique. On parle souvent de la liberté ancienne. Parfois, au contraire, on a dit que dans la cité antique l'homme était absorbé par la cité. Qu'y a-t-il de vrai dans ces affirmations contradictoires? La liberté au sens moderne est une certaine situation faite à l'individu et qui est le résultat d'une certaine limitation apportée au pouvoir de l'État. Jamais les anciens n'ont connu cette liberté, et jamais ils n'ont conçu la possibilité d'une limitation du pouvoir de l'État, de la cité, dans l'intérêt de l'individu. Mais ils ont eu cette idée très nette (et c'est en cela que consistait leur notion de liberté) que l'État ne peut tout faire qu'à la condi-

tion qu'il statue, non par voie individuelle, mais par voie générale, c'est-à-dire par la loi, et que la décision individuelle du gouvernement est tyrannique si elle n'est pas l'application de la loi, c'est-à-dire d'une règle générale formulée pour tous. Le tyran est celui qui prend des décisions individuelles en dehors des lois. La cité, au contraire, est libre quand l'autorité n'intervient qu'en vertu de la loi, conçue comme règle générale formulée d'avance pour tous, gouvernants et gouvernés.

Hermann (*Lehrbuch des juristischen Rechtsalterthümer*, p. 28, édit. Thaleim, 1884) a mis très nettement en relief cette idée. « Vis-à-vis de l'État, dit-il, la liberté de l'homme grec consiste proprement et simplement en ce qu'il a conscience de ne dépendre d'aucun pouvoir lorsque chacun de ses concitoyens est égal à lui par la puissance de la loi. » Sur la notion de la liberté dans l'antiquité, Fustel de Coulange, *La cité antique*, nouvelle édition, p. 267. Cf. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2e édit., 1905, p. 285-305; Gény, *Méthode d'interprétation*, 1900, p. 209, et 2e édit., 1919, I, p. 241.

Cette idée n'est pas venue jusqu'à nous sans subir de nombreuses éclipses et de singulières régressions. Mais elle est aujourd'hui bien vivante. Sans doute, la conscience moderne est allée plus loin : elle affirme la limitation des pouvoirs de l'État même statuant par voie générale. L'État ne peut pas tout faire même par la loi ; et de plus, la loi étant faite, aucun organe, aucun agent de l'État ne peut prendre une décision en violation de cette loi. La loi peut être mauvaise, injuste ; mais étant formulée par voie générale et abstraite, ce danger se trouve réduit au minimum. Ainsi encore le caractère protecteur de la loi, sa raison d'être elle-même se trouvent dans sa généralité.

Rationnellement, historiquement, sociâlement, la loi nous apparaît avec le caractère essentiel de généralité.

Je ne crois pas qu'à l'heure actuelle il soit possible de contester que le principe de légalité domine le droit

de tous les pays civilisés. Or, ce principe n'aurait ni sens ni portée si la loi matérielle n'était pas, par définition même, une disposition par voie générale. C'est ce caractère qui est sa raison d'être. Tout pays qui ne reconnaît pas ce caractère à la loi vit sous un régime d'arbitraire; et tout juriste qui nie ce caractère n'a d'autre but conscient ou inconscient que de donner à l'arbitraire une apparence juridique.

Lois temporaires. — Quelques auteurs, qui admettent que le caractère de généralité est essentiel à la loi, pensent que cela implique que, pour qu'une décision soit loi, elle doit être portée pour une période de temps indéterminée, qu'une décision, même par voie générale, portée pour une période de temps fixée d'avance, ne serait point une loi au sens matériel.

C'est évidemment la pensée d'Esmein quand il écrit que « la loi peut être définie une règle... qui statue... pour l'avenir et à *toujours*..., que sans doute, on trouve par tous pays des lois qui ne sont édictées que pour un temps préfixe, que le plus souvent ce sont des lois seulement dans la forme et qu'au fond ce sont des actes d'administration accomplis par l'autorité qui exerce le pouvoir législatif, que dans la conception normale, la loi se présentant comme une règle de droit générale et juste, on ne voit pas bien comment ceux qui la font songeraient à en restreindre l'empire à un temps déterminé » (*Droit const.*, 5e édit., 1909, p. 15 et p. 15, note 2; 6e édit., p. 20; 7e édit., I, 1921, p. 23). Esmein réserve cependant le cas où, sous la pression d'un grand péril, le législateur fait une *loi d'exception,* et son dernier éditeur Nézard rappelle toutes les lois qui ont été faites pour la durée de la guerre.

Je crois qu'une décision par voie générale reste une décision par voie générale et, par conséquent, une loi matérielle, bien que portée pour une période de temps déterminée d'avance, à la condition, bien entendu, que cette limitation de temps n'ait pas pour but véritable de restreindre l'application de la loi à une espèce unique ou à une personne déterminée, auquel cas la

disposition n'aurait certainement pas le caractère de généralité. Esmein dit qu'on comprend difficilement qu'une loi, qui est présumée formuler une règle de justice, soit faite pour un temps déterminé. Il oublie que la justice est chose relative et changeante comme toutes les choses humaines. C'est justement parce que la loi doit être juste, c'est-à-dire s'adapter aussi exactement que possible aux besoins sociaux, qu'un législateur prudent, prévoyant d'avance la transformation probable des situations sociales, limite l'application de sa loi à une période de temps déterminée. Je reconnais cependant volontiers que telle n'a pas été la pensée du législateur français, quand à plusieurs reprises il a édicté au XIXe siècle des lois dites de *sûreté générale,* qui ne devaient s'appliquer que pendant un certain temps, par exemple la loi du 27 février 1858. De pareilles dispositions peuvent être impolitiques; elles peuvent même violer le droit constitutionnel rigide ou le droit objectif non écrit, excéder les pouvoirs qui appartiennent à l'État. Mais si on les considère en elles-mêmes, quoiqu'elles soient temporaires, on ne peut leur contester le caractère de généralité et le caractère de lois matérielles. Mais les nombreuses lois qui ont été faites pour la durée de la guerre échappent à cette critique; il était logique que dans des circonstances aussi graves une législation particulière fût édictée dont l'application était limitée à la durée de la guerre, et si Esmein avait vécu, comme son éditeur il aurait certainement reconnu à ces dispositions temporaires vraiment le caractère de lois matérielles.

Les lois d'impôt. — Les lois d'impôt, telles qu'elles sont comprises en France, sont un exemple remarquable de lois matérielles temporaires. Tout impôt en France, direct ou indirect, doit être voté et ne peut être voté que pour un an; et un impôt qui ne serait pas au

moins visé dans la loi annuelle des finances serait supprimé par là même et ne pourrait être perçu.

Le principe de l'annalité de l'impôt est un principe constitutionnel, bien que la constitution de 1875 ne l'ait pas rappelé ; mais il est consacré par toutes nos constitutions, par l'article 1er du titre V de la constitution de 1791 et l'article 17 de la constitution de 1848 ; et si l'on estime que ces textes ont perdu le caractère constitutionnel, le principe de l'annalité de l'impôt est certainement une règle du droit coutumier constitutionnel. La disposition qui établit l'impôt pour un an est incontestablement une loi matérielle, bien que son application soit d'avance limitée à une période de temps fixe, parce qu'elle est certainement une disposition par voie générale et abstraite, formulée sans considération d'espèce ou de personne.

Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive,* 1901, p. 526, et pour la solution contraire, Bouvier et Jèze, *La véritable notion de la loi et la loi annuelle des finances, Revue critique,* 1897, p. 445 ; Jèze, *Cours de science des finances,* 1910, p. 23 et s. ; *Id., Le budget,* 1910, p. 70 et s.

§ 17. — *La loi est une disposition impérative.*

On a vu par les définitions rapportées précédemment qu'on qualifie habituellement la loi de règle impérative ou prohibitive. On veut dire par là que la loi contient le commandement ou l'interdiction de faire une certaine chose, en un mot un ordre positif ou négatif.

Les auteurs français se sont en général contentés d'affirmer que la loi est impérative, contient l'ordre de faire ou de ne pas faire une certaine chose, et n'ont point tenté d'analyser la nature de cet élément de la loi, ni de rechercher en quel sens on peut dire que la loi contient un ordre, ni enfin si la loi contient toujours un ordre.

Les auteurs allemands ont au contraire étudié ce point avec leur pénétration habituelle, particulièrement Laband. D'après

lui, dans la loi il y a deux choses qui doivent être nettement distinguées : l'établissement d'une règle et l'ordre d'obéir à cette règle ; ou, en d'autres termes, le contenu de la loi et l'ordre de la loi. Il n'y a pas de loi, dit-il, sans un ordre donné par l'État d'obéir à la règle contenue dans la loi (*Droit public*, édition française, 1901, II, p. 264). Jellinek enseigne à peu près la même doctrine, *Gesetz und Verordnung*, 1887, p. 315. Cf. Giner, *A propos de la fonction de la loi, Revue de sociologie*, 1908, et tirage à part.

Hauriou écrit que la loi est « triplement impérative », d'abord « en vertu de la promulgation qui contient ordre du gouvernement intimé au nom de la discipline de l'institution nationale », ensuite « parce que la règle juridique qu'elle contient est douée d'un impératif catégorique propre », enfin « parce qu'elle est l'œuvre... de la souveraineté nationale » (*Droit administratif*, 7e édit., 1911, p. 37, note 3) ; et dans sa 9e édition, 1919, page 82, il dit très justement que la loi est déclarative des rapports qui découlent de la nature des choses en tant qu'ils sont obligatoires et qu'ainsi le caractère obligatoire de la loi résulte de la nature des choses autant que du *jussus* du gouvernement ou du *consensus* de la nation. — V. t. I, chap. I, le fondement du caractère obligatoire de la règle de droit.

Il est incontestable que, dans beaucoup de lois, le caractère impératif apparaît très clairement. Ce sont d'abord les lois pénales. Elles sont essentiellement des lois prohibitives. D'autre part, il est incontestable que dans les sociétés modernes le nombre des lois, imposant aux individus ou aux collectivités des charges, des prestations de tous genres, va chaque jour en augmentant. C'est une conséquence de la conscience, toujours plus nette dans les sociétés modernes, des liens d'étroite solidarité qui unissent entre eux les membres d'une même nation. Toutes les lois qui établissent des impôts sous une forme quelconque sont des lois impératives. Il faut en dire autant de toutes les lois de plus en plus nombreuses qui imposent des obligations particulières à certaines personnes, comme les lois ouvrières, lois sur les accidents de travail, lois sur les retraites ouvrières, et enfin toutes les lois d'assistance qui imposent aux

individus et surtout à des collectivités des charges, par exemple pour l'entretien des enfants assistés (L. 27 juin 1904), pour l'assistance médicale gratuite (L. 15 juillet 1893), pour l'assistance obligatoire aux vieillards ou aux infirmes (L. 14 juillet 1905), pour les retraites ouvrières (L. 5 avril 1910). Ce ne sont évidemment que des exemples.

A côté de ces lois certainement impératives, il y a beaucoup de lois où l'ordre, à première vue, n'apparaît pas. Ce sont d'abord les lois qui ne s'adressent pas aux sujets, mais aux gouvernants eux-mêmes, ou à l'État si l'on admet la personnalité de l'État. Comment ces lois pourraient-elles contenir un ordre, puisque les gouvernants de l'État ne peuvent pas se donner un ordre à eux-mêmes? En France, il existe beaucoup de lois de ce genre. Ce sont les Déclarations des droits et les textes des constitutions qui ont reproduit ou rappelé les principes des Déclarations. La même question se pose pour les lois organiques et les lois de compétence, qui ne paraissent point s'adresser aux sujets, mais à l'État et à ses agents. Elle se pose enfin pour toutes les lois qui ne font que suppléer à la volonté des parties, et que pour cette raison on appelle parfois lois *supplétives*. Ce sont, en principe, toutes les lois civiles auxquelles, aux termes mêmes de l'article 6 du Code civil, on peut déroger par des conventions particulières, à moins qu'elles n'intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.

1° *Les Déclarations des droits.* — L'archétype en est la Déclaration de 1789. Dans les dispositions qu'elle contient, on trouve l'affirmation de principes supérieurs du droit et l'expression résumée de toute une philosophie sociale, juridique et politique. C'est, par exemple, le principe même de l'égalité des hommes : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que

sur l'utilité commune » (Déclaration de 1789, art. 1er). C'est l'énumération des droits individuels naturels de l'homme et la détermination du but de toute association politique : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression » (*Ibid.*, art. 2). Qu'on lise toutes nos Déclarations des droits et aussi le préambule de la constitution de 1848, on y verra des formules générales, des principes politiques et sociaux, mais point de commandements adressés par l'État à ses sujets.

Aussi certains auteurs ont-ils soutenu que les Déclarations des droits n'étaient point des lois véritables. Esmein écrit : « Les Déclarations des droits émanent de corps possédant une autorité légale et même souveraine, d'assemblées constituantes; mais ce ne sont pas des articles de lois précis et exécutoires. Ce sont purement et simplement des *déclarations de principes* » (*Droit const.*, 5e édit., p. 492; 7e édit., 1921, I, p. 553).

Il me paraît bien difficile d'admettre cette opinion, qui a en elle quelque chose de contradictoire. Une académie de savants formule les principes généraux d'une doctrine philosophique. Une assemblée politique, nationale et constituante fait des lois. On dit bien que pénétrés des principes de la philosophie du XVIIIe siècle, fermement convaincus de la toute-puissance des formules générales, les hommes de 1789 ont cru devoir formuler les principes philosophiques dont ils s'inspireraient dans leur œuvre législative. Tout cela est vrai. Mais en même temps, pénétrés de cette idée qu'ils représentaient la souveraineté nationale, qu'ils avaient la toute-puissance législative, ils ne purent avoir un moment la pensée de formuler une simple déclaration philosophique et non point une loi véritable. C'était au

contraire dans leur pensée la loi fondamentale, la loi supérieure à toutes les lois, même aux lois constitutionnelles. Le préambule même de la Déclaration des droits de 1789 le démontre (rapp. le préambule de la Déclaration de 1793). A l'article 1er de la Déclaration des devoirs de l'an III, on lit : « La Déclaration des droits contient les *obligations des législateurs.* »

La vérité est, à mon avis, que les Déclarations des droits sont bien de véritables lois, parce qu'une assemblée constituante n'a pas pu ne pas vouloir faire une loi. Je crois même que les dispositions de la Déclaration de 1789 sont encore aujourd'hui en vigueur. Les Déclarations des droits contiennent des dispositions impératives, mais elles s'adressent à l'État et non aux sujets. On est ainsi ramené à la question de savoir comment une loi, émanée de l'État, peut contenir un impératif s'adressant à l'État, comment elle peut limiter la loi. Tout s'explique aisément si, au lieu de dire que la loi contient un commandement, on dit que la loi formule ou met en œuvre une règle qui est impérative par elle-même, qui ne tire point son caractère impératif de la volonté de l'État, mais qui, à cause du fondement qu'on lui reconnaît, s'impose par elle-même à l'État comme aux individus. C'était précisément la pensée des auteurs de nos Déclarations des droits qui, admettant l'existence de droits naturels de l'homme, inaliénables et imprescriptibles, fondaient sur eux une règle impérative pour l'État et les individus. C'était une règle qu'ils formulaient dans les Déclarations des droits, qui contenaient ainsi un impératif, non parce qu'elles auraient contenu un commandement adressé par l'État à lui-même, ce qui était impossible, mais parce que cette règle était en soi impérative. C'est l'idée que j'ai développée au chapitre I du tome I, en donnant, il est vrai, un autre fondement au caractère obligatoire de la norme juridique.

2° *Lois organiques.* — Ce sont toutes les lois qui créent les organes de l'État et qui fixent leur structure. Cette catégorie de lois comprend à la fois les lois constitutionnelles rigides et toutes les lois d'organisation politique, administrative et judiciaire. Dans les constitutions françaises de 1791 (tit. I), de 1793 (art. 122-124), de l'an III (art. 351-364), de l'an VIII (art. 76-83), les Chartes de 1814 et de 1830 (art. 1-12), les constitutions de 1848 (art. 2 à 17) et de 1852 (art. 1er), un certain nombre de dispositions, placées en général sous la rubrique *Garanties des droits,* interdisent au pouvoir législatif et au pouvoir exécutif de porter atteinte aux droits individuels formulés dans les Déclarations des droits, et énumérés à nouveau ou simplement visés.

Tout le monde reconnaît que ces *Garanties des droits* sont des lois véritables. Ainsi, pour Esmein, les Déclarations des droits ne sont point des lois, mais les *Garanties des droits* ont certainement le caractère législatif. « Ce sont, dit-il, de véritables lois positives et obligatoires. » (*Ibid.*). Mais si ce sont des lois positives et obligatoires, elles doivent contenir un commandement. A qui est adressé ce commandement? Esmein dit très justement qu'il est adressé au pouvoir législatif lui-même. « Ce qu'on veut par ces garanties, c'est protéger les droits individuels contre le législateur lui-même, lui interdire de faire aucune loi qui les entame ou qui les viole. » Cela est dit d'ailleurs expressément au titre I, § 3, de la constitution de 1791 : « Le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils consignés dans le présent titre et garantis par la constitution. »

Si les *Garanties des droits* contiennent un commandement, c'est un commandement adressé au législateur, c'est un commandement adressé par l'État à lui-même,

et on ne comprend pas que l'État se donne un ordre à lui-même. La même question que pour les Déclarations des droits se pose donc encore ici, et si les Déclarations des droits ne contiennent pas d'impératif, on doit en dire autant des *Garanties des droits*. La solution est la même. Les *Garanties des droits*, comme les Déclarations des droits, sont des dispositions impératives pour l'État lui-même, parce qu'elles formulent une règle antérieure et supérieure à l'État, qui s'impose à lui.

Pour les lois organiques proprement dites, lois constitutionnelles rigides ou autres, on peut encore se demander si elles contiennent véritablement un commandement de l'État. La loi, par exemple, qui crée et organise la présidence de la république et le parlement, contient-elle un ordre? Si cet ordre existe, à qui est-il donné? On ne peut pas parler d'ordre donné à l'État. On ne peut pas parler d'ordre donné aux organes de l'État, puisqu'ils n'ont pas une personnalité distincte de celle de l'État, et que, auraient-ils une personnalité distincte, ils ne peuvent pas l'avoir au moment où est portée la loi, puisque c'est de cette loi même qu'ils peuvent seulement tirer leur personnalité. On ne peut pas parler davantage d'ordre donné par les gouvernants à eux-mêmes. Si donc l'ordre est un élément essentiel de la loi, il semble que, logiquement, les lois organiques ne sont pas véritablement des lois matérielles.

On a dit quelquefois que ces diverses lois contenaient un véritable commandement, adressé aux hommes composant les organes de l'État. Cette manière de raisonner est inadmissible dans la théorie de la personnalité de l'État, puisque dans cette théorie la personnalité des individus, qui veulent au nom de l'État, disparaît dans la personnalité même de l'État. D'autre part, si l'on admet que la loi organique s'adresse aux individus composant les organes, il faut admettre aussi

que la loi est faite par les individus et non par les organes ; car si l'on doit considérer la personnalité des individus composant les organes au point de vue de l'application de la loi, on doit aussi la considérer au point de vue de la confection de la loi ; et la difficulté se trouve ramenée au même point, puisque ce sont alors les gouvernants pris individuellement qui font une loi s'adressant à eux-mêmes. Dans une pareille loi, l'ordre n'apparaît pas mieux que dans celle que fait l'État personnifié s'adressant à ses organes, c'est-à-dire à lui-même.

La solution est encore ici la même que précédemment. La loi est toujours impérative ; seulement elle a ce caractère, non pas parce qu'elle contient un ordre proprement dit, mais parce qu'elle formule une règle de droit qui, par sa nature même, est impérative, ou bien parce qu'elle a pour but d'assurer le respect et l'application d'une règle de droit, et qu'elle a alors pour support cette règle qui, par nature, est impérative. La loi organique est une loi, au sens matériel, bien qu'elle ne contienne pas vraiment un commandement ; elle est impérative, parce qu'elle a pour but d'organiser l'*État de droit,* c'est-à-dire de donner à l'État l'organisation qui paraît devoir garantir, dans les meilleures conditions possibles, l'accomplissement par l'État des obligations que lui impose la règle de droit. La loi organique est donc la mise en œuvre de la règle de droit, et c'est pour cela qu'elle est une loi et qu'elle a le caractère impératif.

Les lois organiques rentrent au premier chef dans la catégorie des lois que j'appelle les lois constructives et que j'ai définies : les lois qui édictent des mesures par voie générale ayant pour but d'assurer la réalisation de la règle de droit. L'ensemble de ces lois forme une œuvre technique, produit de l'art voulu et conscient du

législateur ; elles ne sont des lois qu'à la condition qu'elles aient pour support une règle de droit, et elles tirent leur caractère impératif de la norme juridique qu'elles ont pour but de mettre en œuvre.

Cf. t. I, p. 36 et s., et mon livre, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, p. 560 et s. Rapp. la théorie de Gény sur le *donné* et le *construit*, *Science et technique en droit privé positif*, I, 1914, p. 97.

3° *Lois de capacité et de compétence.* — Ce sont toutes les lois qui, d'une manière générale, permettent à une personne déterminée de faire telle ou telle chose. Certains auteurs les appellent *lois permissives*, parce qu'elles ont pour but essentiel de *permettre* à des personnes déterminées de vouloir juridiquement certaines choses, soit dans le domaine du droit public, soit dans le domaine du droit privé. Au premier abord, c'est surtout de ces lois qu'on peut dire qu'elles ne contiennent point d'ordre, puisqu'elles contiennent une simple permission de faire telle chose, sauf cependant certaines exceptions dans le droit public, où parfois le fonctionnaire est obligé d'agir ; le magistrat, par exemple, est obligé de juger (C. civ., art. 4). En y regardant de plus près, on s'aperçoit que dans toutes les lois de compétence (qui elles aussi sont des lois *constructives*) il y a véritablement un impératif direct, parce que la permission implique la défense de faire ce qu'il n'est pas permis de faire.

Pour les lois relatives au pouvoir et à la capacité en droit privé, la chose ne peut guère présenter de difficulté. Comme en droit privé la capacité est logiquement la règle et l'incapacité l'exception, toutes les lois relatives à la capacité de droit privé contiennent une prohibition impérative, l'interdiction de faire certaines choses, par exemple l'interdiction au mineur, à la femme mariée, à l'interdit de faire des actes juridiques ou de les faire sans que certaines conditions soient

réunies. De même il semble bien que les lois qui déterminent les pouvoirs civils d'un individu, par exemple du tuteur, du curateur, du conseil judiciaire, du mari, et qui leur permettent de faire telle chose, leur interdisent par là même de faire autre chose.

Pour les lois qui déterminent la compétence des gouvernants et de leurs agents, il suffit de renvoyer à ce que je disais au numéro précédent des lois organiques.

4° *Lois supplétives.* — J'appelle ainsi toutes les lois qui ne s'appliquent qu'à la condition que les parties intéressées n'aient pas voulu en écarter l'application. Comment concevoir que ces dispositions soient des lois, quand les individus peuvent à leur gré les appliquer ou non? Et cependant dans les législations modernes le nombre des lois de ce genre est considérable. Ce sont presque toutes les lois civiles et commerciales. Aux termes de l'article 6 du code civil : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs », et d'après l'article 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. » Voilà donc des lois qui ne s'appliquent que s'il n'y a pas convention contraire, et s'il y a convention contraire, elle tiendra lieu de loi. Il y a sans doute une réserve : « Quand ces lois n'intéressent pas l'ordre public et les bonnes mœurs. » Il n'est pas sans difficulté de déterminer la portée de cette réserve, et de dire quand une loi civile ou commerciale touche à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Le lieu n'est pas ici de discuter la question, mais seulement de rechercher si ces dispositions supplétives peuvent être des lois au sens matériel.

Il semble que de pareilles lois ne contiennent point une règle impérative par elle-même, puisque de toute évidence n'est pas règle impérative celle dont ceux qui y seraient soumis peuvent, quand ils le veulent, écarter

l'application. Faut-il en conclure que, parmi les lois civiles et commerciales, seulement celles qui touchent à l'ordre public et aux bonnes mœurs sont des lois au sens matériel?

La question est très embarrassante; car, d'une part, il paraît difficile de reconnaître à ces actes le caractère de loi, et, d'autre part, il serait étrange qu'une partie aussi importante des législations modernes n'eût pas en réalité le caractère législatif. Cependant, sauf quelques rares exceptions, les civilistes français ne paraissent pas soupçonner la difficulté.

Planiol définit la loi : « Une règle sociale obligatoire... » (*Droit civil*, I, n° 134); et au n° 273 du même volume, il écrit : « En résumé, les dispositions de la loi, qui ne contiennent aucune prohibition expresse, sont de deux sortes, les unes sont *obligatoires*, en ce sens que leur observation s'impose aux particuliers et qu'il n'est pas permis d'y déroger...; les autres sont *facultatives*, leurs décisions n'ont qu'une valeur interprétative de volonté ou supplétive... » La loi n'est donc pas toujours une règle *obligatoire*, elle est parfois une règle *facultative;* mais pourquoi mon savant collègue, dans la définition *principielle* qu'il donne de la loi, dit-il qu'elle est une règle *obligatoire ?*

Le seul auteur français qui, à ma connaissance, ait essayé de résoudre la difficulté est Vareilles-Sommières, dans une brochure intitulée : *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*, 1899. L'auteur déclare en commençant que la loi est par définition une règle obligatoire, qu'une décision à laquelle on pourrait déroger ne serait pas une loi et qu'on « ne peut déroger à aucune loi » (p. 9). Mais, dit Vareilles-Sommières, comment expliquer qu'à chaque instant les parties, par des conventions particulières, dérogent régulièrement aux dispositions de la loi? L'auteur répond que cela s'explique si l'on comprend que l'article 6 du code civil ne signifie pas autre chose que ceci : « On peut, en principe, renoncer aux droits que la loi nous confère; toutefois on ne le peut pas quand la loi le défend, et la loi le défend tacitement ou expressément lorsque la renonciation serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. »

Cette explication n'en est pas une; et l'auteur joue sur les mots. On ne peut se soustraire à l'ordre de la loi, dit-il, mais on peut renoncer aux droits qu'elle confère. Je réponds : quand la loi

confère un droit à *Primus*, elle impose un ordre prohibitif à *Secundus*, l'ordre de ne pas entraver le droit de *Primus*; si *Primus* renonce à son droit, *Secundus* est dispensé d'obéir à l'ordre prohibitif de la loi. Par conséquent, dire qu'on peut renoncer aux droits conférés par la loi ou qu'on peut déroger à ses dispositions, c'est dire la même chose ; et si l'on ne peut pas déroger aux dispositions de la loi, on ne peut pas davantage renoncer aux droits qu'elle confère. Toutefois Vareilles-Sommières garde le mérite d'avoir vu la difficulté et essayé de la résoudre.

Pour comprendre le vrai caractère des lois supplétives, il faut se rappeler comment elles se sont formées. Elles ont apparu certainement les dernières dans l'évolution de la fonction législative. Elles ont été la reconnaissance par le législateur de règles établies par la coutume. Les conventions intervenant habituellement entre les parties ont été le principal élément de la formation coutumière. Les tribunaux prirent naturellement l'habitude, pour statuer sur une question litigieuse entre parties privées, de s'en référer à l'usage, et leurs décisions devinrent ainsi le mode d'expression principal de la coutume. Ce point est essentiel : à l'époque coutumière du droit privé, les tribunaux, à défaut de conventions expresses entre les parties, réglaient la question suivant les usages communément suivis; ils décidaient que les parties n'ayant rien dit avaient voulu s'en référer à la coutume. Les parties pouvaient ainsi ou bien suivre la coutume, ou bien faire des conventions y dérogeant; et si elles n'en avaient pas fait, les tribunaux appliquaient la coutume. Puis les règles coutumières sont codifiées. Cette intervention du législateur ne vient point diminuer l'autonomie de la volonté des particuliers. Les parties pouvaient faire des conventions contraires à la coutume; de même elles pourront faire des conventions contraires à la loi, qui n'est que la constatation de cette coutume. Pour les parties rien de changé. Mais l'intervention du législateur a produit un effet très

important. Elle a déterminé, d'une manière précise, le devoir du juge à défaut de convention entre les parties et au cas de doute sur le sens ou la portée d'une convention. Le juge doit alors statuer conformément à la disposition de la loi ; il ne peut pas se soustraire à cette obligation.

Ainsi on voit apparaître le commandement que contient la loi supplétive. Il ne s'adresse pas aux particuliers, qui restent libres, en principe, de régler conventionnellement leurs rapports privés ; mais il s'adresse aux agents juridictionnels de l'État chargés de statuer sur les litiges s'élevant entre parties. La loi supplétive contient en réalité un double commandement : elle commande aux juges de régler en principe les rapports privés suivant les conventions intervenues entre les parties, et secondement elle commande aux juges, au cas d'absence de convention ou d'obscurité de la convention intervenue, de statuer suivant les dispositions qu'elle édicte. La loi supplétive contient donc bien réellement un commandement adressé, non pas aux particuliers, mais aux agents de juridiction.

On peut dire très justement que les lois supplétives sont des lois de compétence ; elles décident qu'en principe, au cas d'absence de conventions entre parties privées ou au cas d'obscurité des conventions intervenues, les juges ne sont *compétents* que pour statuer conformément aux dispositions qu'elles édictent. C'est pour cela que j'ai pu les faire rentrer dans la catégorie des lois que j'appelle lois *constructives*. Cf. *L'État, le droit objectif*, 1900, p. 565.

Hauriou (*Droit administratif*, 7e édit., 1911, p. 37, notes 2 et 3) me reproche de voir dans ce qui précède « des difficultés qui paraissent bien théoriques » et, particulièrement en ce qui concerne les lois supplétives, « d'élever des chicanes qui ne sont guère justifiées ». Ces reproches ne me touchent pas. D'abord serait-il vrai que tout cela est purement théorique, ce ne serait

point inutile, car il est essentiel d'avoir des idées théoriquement exactes. D'autre part, si j'ai insisté sur ces différents points, c'est qu'ils me permettent de montrer encore que la doctrine de la puissance commandante de l'État-personne est en contradiction avec les faits. Enfin la meilleure preuve que mes critiques de la définition courante de la loi ne sont pas des chicanes injustifiées, c'est qu'Hauriou se trompe quand il dit que certaines lois sont facultatives et qu'on peut y déroger. Toutes au contraire contiennent un impératif; et il est indispensable de déterminer les personnes auxquelles il s'adresse. C'est ce que j'ai essayé de faire et que ne fait point Hauriou.

§ 18. — *Le fondement du caractère impératif de la loi.*

On vient de voir par ce qui précède que la loi ne contient point, à vrai dire, un ordre formulé par une volonté supérieure à une volonté inférieure, que la loi n'est pas la décision d'un législateur souverain s'imposant à des sujets lui devant obéissance. La loi est impérative parce qu'elle contient la formule d'une règle qui est impérative par elle-même, ou parce qu'elle a pour but d'assurer la mise en œuvre de cette règle, et que pour cela elle organise une institution, détermine des compétences, formule des prohibitions, impose des obligations.

On ne peut pas donner un autre fondement au caractère impératif de la loi. Personne ne croit plus aujourd'hui que le gouvernant qui l'édicte agisse en vertu d'un pouvoir que lui conférerait une puissance surnaturelle. On ne croit pas beaucoup plus à la volonté nationale dont l'assemblée législative, parlement ou assemblée populaire, serait l'organe. Cette prétendue volonté nationale n'est qu'une fiction. Cf. t. I, p. 393 et s. La loi est donc faite en réalité par les gouvernants, en France par la majorité parlementaire qui la vote, et le chef de l'État qui la promulgue. Ces individus sont des individus comme les autres, et ils n'ont en aucune

façon le pouvoir de formuler des ordres. La loi qu'ils font ne peut donc avoir de force obligatoire que dans la mesure où elle est conforme à la règle de droit et où elle a pour but d'en assurer l'application.

On a vu d'ailleurs qu'en admettant la personnalité de l'État et l'idée que la loi est un ordre formulé par l'État, on se trouve dans l'impossibilité de reconnaître le caractère de lois aux Déclarations des droits, aux constitutions, aux lois organiques et aux lois de compétence, parce qu'on ne peut pas concevoir que l'État se donne des ordres à lui-même. Cf. t. I, p. 400 et s.

La conséquence du fondement que je donne à la loi, c'est évidemment que nul n'est obligé d'obéir à une loi quand elle est contraire au droit. Je ne recule point devant cette conséquence. Et vraiment c'est là une garantie précieuse contre l'arbitraire du législateur. S'il était persuadé qu'il n'est point un souverain qui commande, mais simplement un membre du corps social investi, en vertu de sa situation de fait, de la mission de formuler la règle de droit, s'il comprenait que la règle qu'il édicte n'a de force obligatoire que dans la mesure de sa conformité à cette règle supérieure, peut-être ferait-il les lois avec plus de prudence et de sagesse.

On m'a accusé parfois d'aller directement à l'anarchisme. Dans sa 4e édition, 1906, page 40, Esmein écrivait : « Si l'on nie la souveraineté, ou pas de lois ni de gouvernement, et c'est la chimère anarchiste ; ou bien les lois ne peuvent être que des transactions entre les différentes forces des classes qui existent en fait dans la nation. » Je n'ai pas retrouvé cette proposition dans les éditions postérieures. Mais je crois qu'elle exprimait bien l'opinion du savant maître. L'objection ne me touche pas ; ma conception de la loi n'a rien d'anarchiste. L'anarchisme est, en effet, essentiellement indi-

vidualiste ; ma doctrine est essentiellement socialiste, puisqu'elle repose tout entière sur l'interdépendance des hommes vivant en société et sur ce que j'appelle la discipline sociale. Ma théorie de la loi est elle-même essentiellement sociale, parce qu'elle astreint les gouvernants à n'édicter que des lois sur le caractère juridique desquelles il ne puisse pas y avoir de doute. Sans doute, la vérité juridique ne s'impose pas avec l'évidence d'une formule mathématique. Mais il n'en est pas moins vrai que certaines règles de droit ont, à un moment donné, pénétré si profondément et si généralement la conscience des membres d'une société, que toute loi qui n'aura d'autre but que d'assurer l'application d'une semblable norme rencontrera certainement une adhésion quasi unanime. Cf. t. I, p. 498 et 499.

D'autre part, quand on parle de résistance à l'application de la loi, on a presque toujours en vue la résistance violente. Il y a longtemps cependant que les théologiens ont distingué la résistance passive, la résistance défensive et la résistance agressive et montré que celle-ci n'est légitime que comme dernier recours. D'autre part, si, comme je le crois, des groupes sociaux sont en train de s'intégrer dans l'intérieur de chaque société nationale et particulièrement en France au moyen des formations syndicalistes, ils pourront organiser une forte et pacifique résistance à l'application des lois oppressives.

Esmein estime (5e édit., 1909, p. 39, et 7e édit., I, p. 45) « que si ces associations, ces corporations ou ces classes n'ont au-dessus d'elles aucune puissance, on retombera dans un système semblable à l'anarchie féodale, que ce qui triomphe, ce n'est plus le droit inspiré par la raison humaine, c'est la force..., que la sauvegarde suprême du droit individuel, le règne de la loi ne

peuvent être assurés que par la reconnaissance d'une puissance supérieure, non seulement aux individus, mais aux groupes et aux classes ». C'est bientôt fait de parler d'anarchie féodale ; il n'y eut pas de société plus fortement intégrée que la société féodale au XIIIe siècle et je ne serais point effrayé d'un retour à un régime social fondé comme le régime féodal sur la coordination et la hiérarchie des classes. Je crois volontiers que les individus y seraient bien plus solidement protégés contre les détenteurs de la force que dans le système social issu de la Révolution, où ils se trouvaient isolés et impuissants devant les quelques hommes qui fondaient leur omnipotence sur la croyance aveugle des masses à la fiction de la souveraineté nationale. Ce droit inspiré par la raison humaine dont parle Esmein, c'est celui au nom duquel ont été portées les lois sanguinaires de la Convention, les lois despotiques des Napoléons et les lois spoliatrices de la troisième République.

On a dit encore que je confondais la loi qui est « le commandement du souverain » et qui tire sa force de l'autorité dont elle émane et la coutume expression tacite de la volonté des populations (Esmein, *Ibid.*). Cette critique ne me paraît pas méritée. La loi n'est pas la coutume ; mais, comme la coutume, elle est l'expression d'une règle qui se forme, sous l'action de la solidarité sociale, dans les consciences des individus membres d'une collectivité donnée. Cette règle trouve, en effet, parfois son expression première et d'ailleurs très incomplète dans une pratique coutumière et ensuite une expression plus précise et plus complète dans la loi écrite. Sans doute, le caractère impératif de la loi et de la coutume ont le même fondement ; mais la loi et la coutume se distinguent parce qu'elles sont des degrés différents de l'expression du droit objectif et que, bien souvent, le degré coutume fait défaut, le

droit objectif trouvant son expression directe dans la loi. Cf. t. I, p. 72 et s.

Malgré ces diverses objections, je maintiens ma conception de la loi et je repousse la notion de loi, commandement formulé par l'État souverain, aussi bien la notion qu'on peut appeler française que la notion plus particulièrement allemande. La loi, disait la Déclaration des droits de 1789 (art. 6), à la suite de Rousseau, est l'expression de la volonté générale. Donc la loi s'imposerait parce qu'elle serait l'expression de la volonté de la collectivité formulée par ses représentants. Ne voyant dans la volonté nationale qu'une fiction, je ne puis naturellement admettre cette solution. Les juristes allemands disent que la loi est l'établissement d'une règle de droit avec commandement d'y obéir formulé par l'État pris en lui-même comme personne commandante, abstraction faite de la nation qui n'est qu'un organe de l'État, organe qui, en général, n'est investi que de la fonction d'élire (Laband, *Droit public*, traduction française, I, 1900, p. 156 et s.). Comme le dit très justement Deslandres, toute cette thèse développée par Laband et son école « est une œuvre scolastique sans aucun contact ni aucun rapport avec la réalité ».

Deslandres, *Étude sur le fondement de la loi, Revue du droit public*, 1908, p. 32. Dans cet article, Deslandres a fait une critique pénétrante des diverses doctrines proposées sur le fondement de la loi. Il l'a publié à propos du livre célèbre de Dicey (*Leçons sur les rapports entre le droit et l'opinion publique en Angleterre*, édition française, 1906); il met puissamment en relief les idées si intéressantes développées par le professeur d'Oxford et qui cadrent au reste parfaitement avec la conception de la loi que j'essaie de défendre.

Dicey écrit notamment : « Il existe à une époque donnée un ensemble de croyances, de convictions, de sentiments, de principes acceptés ou de préjugés fermement enracinés qui, pris ensemble, forment l'opinion publique d'une période particulière,

ou ce que nous pouvons appeler le courant régnant ou prédominant de l'opinion. En ce qui concerne tout au moins les trois ou quatre derniers siècles, et particulièrement le XIXe siècle, l'influence de ce courant dominant d'opinion a déterminé en Angleterre, directement ou indirectement, si nous considérons la question largement, le cours de la législation » (p. 18). Tout le livre est le développement de cette proposition. Elle est vraie, non seulement pour l'Angleterre, mais pour tous les pays. J'ajoute seulement que si l'opinion est le facteur essentiel de la législation, elle ne l'est que lorsqu'elle en est arrivée à considérer qu'une certaine règle s'impose aux membres du groupe social de faire ou de ne pas faire quelque chose. En un mot, l'opinion publique ne devient facteur de la législation que lorsque les consciences individuelles qui concourent à la former ont un contenu juridique. Cf. t. I, p. 56 et s.

Maxime Leroy, dans son livre *La loi, essai sur la théorie de l'autorité dans la démocratie,* 1908, étudie la transformation de la notion de loi depuis la Révolution. Sa conclusion paraît bien être que la conception de la loi, commandement d'une puissance souveraine s'adressant à des sujets, a à peu près complètement disparu.

Sur la notion de loi, outre les auteurs déjà cités, cons. Dorado, *Fonction de la loi et de l'autorité dans l'évolution sociale, Revue du droit public,* 1899, II, p. 1 et 219; Morelli, *La fonction législative,* 1892, analyse détaillée dans *Revue du droit public,* 1897, II, p. 178; Micelli, *La norma juridica,* 1906; Brunialti, *La legge nello Stato moderno;* Seligman, *Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinne,* 1888; Thon, *Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne, Archiv des öffentlichen Rechts,* 1890, p. 149; Fleischmann, *Die materielle Gesetzgebung,* dans *Handbuch der Politik,* I, p. 271. — Je demande au lecteur la permission de le renvoyer aux chapitres III et IV de mon volume : *La transformation du droit public,* 1913, nouveau tirage 1921.

§ 19. — *La sanction de la loi.*

On demande souvent s'il peut exister des lois sans sanction. La question ainsi formulée ne peut pas se poser, parce que toute loi, peut-on dire, contient en elle-même sa propre sanction. En effet, malgré les con-

troverses qui existent sur la vraie nature de la loi positive, on reconnaît que la loi est essentiellement la formule d'une règle de droit. D'autre part, quelle que soit l'opinion admise sur le fondement du droit, on reconnaît aussi que le droit objectif est une règle sociale. Par conséquent, la loi qui contient la formule du droit objectif est elle-même une règle sociale. Si, en fait, une loi positive n'était pas la formule d'une règle sociale répondant à un besoin social, elle ne serait pas en réalité une loi et disparaîtrait. Les juristes discutent la question de savoir si une loi peut être abrogée par le non-usage. La discussion est sans intérêt, parce que, incontestablement, une loi qui est certainement en opposition absolue avec les éléments de la solidarité sociale est comme si elle n'était pas. C'est pure subtilité de discuter le point de savoir si, en droit strict, elle existe encore. Socialement, elle n'est pas.

Cela posé, on aperçoit que la question de sanction de la loi ne se pose que lorsque l'un des individus soumis à la loi fait un acte contraire ou conforme à la loi, fait une chose que la loi lui permet de faire, ou fait une chose que la loi lui défend de faire. Si l'on fait un acte conforme à la loi, laquelle est par définition une règle sociale, cet acte est par là même un acte social, il a une valeur sociale et socialement reconnue ; cette reconnaissance sociale de la valeur sociale de l'acte conforme à la loi constitue la sanction même de la loi. Par contre, l'acte contraire à la loi sera nécessairement un acte antisocial, sans valeur sociale, et par conséquent entraînera forcément une réaction sociale qui sera la sanction de la loi. Cette réaction sociale affectera naturellement des formes diverses suivant les temps et les pays ; ici, elle est plus ou moins énergique, plus ou moins prompte ; là, elle sera organisée complètement ou imparfaitement. Peu importe ; elle existera toujours.

La loi étant par nature une règle sociale, la violation de la loi a forcément un contre-coup social qui forme la sanction même de la loi. La loi porte ainsi en elle-même sa propre sanction. En réalité, il ne peut pas y avoir de loi sans sanction.

C'est la même idée qu'exprime Ihering, qui, tout en enseignant qu'il n'y a pas de règle de droit en dehors de celles établies par l'État, affirme cependant à plusieurs reprises que la première garantie du droit se trouve dans le sentiment du droit (*Der Zweck im Rechte*, I, p. 368).

La vraie question est celle-ci : L'État possède des moyens de contrainte matérielle, ou, plus exactement, le gouvernement possède des moyens pour imposer par la force la volonté qu'il exprime ; faut-il, pour qu'il y ait loi, que l'acte ou l'abstention commandés par la loi puissent être imposés par l'emploi de la force matérielle?

A cette question, beaucoup d'auteurs répondent affirmativement. Planiol notamment définit la loi : « Une règle..... sanctionnée par la force » (*Droit civil*, I, n° 134). D'autres auteurs plus prudents se sont bien gardés de parler de la force dans la définition qu'ils ont donnée de la loi. Ainsi, Esmein n'en dit rien. Ils ont bien raison : d'abord, parce qu'il y a beaucoup de lois desquelles il est impossible évidemment qu'il y ait une sanction par la force, et de plus parce que, quelque paradoxal que cela paraisse, il ne peut y avoir pour aucune loi une sanction directe par la force, mais seulement une sanction tout à fait indirecte.

Il y a beaucoup de lois desquelles il est absolument impossible qu'il y ait une sanction par la force étatique. Ce sont toutes les lois qui s'adressent directement aux gouvernants. Si les gouvernants violent le droit, si le parlement par exemple, d'accord avec le chef de l'État, fait une loi contraire au droit, il est évidemment impossible que la force intervienne pour réprimer cette vio-

ation. Si le parlement néglige de faire une chose qu'il doit faire, il est impossible de l'y contraindre par la force, et l'emploi de la force contre lui, par exemple par le chef de l'État, conduirait tout droit à la guerre civile. De même, si le chef de l'État outrepasse ses pouvoirs, fait par exemple une dissolution illégale, on ne voit guère le moyen de réprimer de pareils actes par la force. Si le chef de l'État agit ainsi, c'est qu'il possède tout au moins une partie de la force publique; sans doute, le parlement a peut-être aussi en fait la disposition d'une certaine force publique; il peut même la requérir directement (L. 22 juillet 1879, art. 5). Mais l'emploi de la force en pareil cas contre le parlement ou le chef de l'État serait l'ouverture de la guerre civile. Il est incontestable que les Déclarations des droits, les lois constitutionnelles en général ne peuvent normalement être sanctionnées par la force. On l'a dit il y a longtemps : elles n'ont d'autre sanction que la loyauté et la bonne foi des hommes qui les appliquent. Il faut ajouter qu'elles ont aussi pour sanction la réaction sociale plus ou moins forte, mais certaine, que produit toujours leur violation; et ainsi, bien qu'elles ne soient pas sanctionnées par la force, elles sont certainement des lois au sens matériel.

Qu'on n'objecte pas qu'une haute juridiction pourrait exister pour apprécier la validité des actes faits par les organes politiques, par exemple par le parlement, et annuler tous ceux qui seraient faits en violation des Déclarations des droits et de la constitution. Incontestablement, une juridiction de ce genre pourrait exister; et de bons esprits pensent qu'on devrait la créer. Une pareille juridiction existerait-elle, il n'en résulterait point un mode de sanction des lois constitutionnelles par la contrainte. Qu'on suppose, en effet, que cette juridiction annule, comme contraire à la

constitution, à la Déclaration des droits, un acte du parlement, qui par hypothèse a été promulgué par le chef de l'État; cette décision, il faut la ramener à exécution par la force, c'est-à-dire empêcher par la force l'application de l'acte déclaré inconstitutionnel. Mais c'est le parlement et le chef de l'État qui disposent de la force; donc on ne pourra pas employer la force contre eux pour assurer l'application du jugement, et le jugement ne sera appliqué que si les gouvernants le veulent bien. Rien n'est donc changé, et la loi constitutionnelle reste toujours dépourvue de sanction directe.

Les lois elles-mêmes qui s'adressent aux gouvernés ne peuvent être l'objet d'une sanction directe par la force matérielle. Il y a d'abord à cela une raison d'ordre psychologique, mais qui n'en est pas moins puissante. Les dispositions impératives de la loi s'adressent à une volonté. C'est la volonté du législateur qui veut s'imposer aux volontés des gouvernés; la loi tend à obliger une volonté à vouloir telle chose. Or il n'y a pas de puissance au monde qui puisse contraindre directement une volonté à vouloir ou à ne pas vouloir une certaine chose. Donc, en réalité, il n'y a jamais de force contraignante susceptible d'assurer directement l'application de la loi. Ce n'est point à dire que la contrainte n'intervienne pas; mais elle intervient tout à fait indirectement. Elle intervient quand la loi a été violée pour assurer une répression, une réparation, ou l'annulation de l'acte fait en violation de la loi. Elle intervient quand un acte a été fait conformément à la loi pour assurer la réalisation de l'effet légalement voulu. Cf. t. I, p. 123 et s.

Lois pénales. — Ce sont celles qui paraissent le plus directement sanctionnées par la contrainte. Et cependant, même pour ces lois, on ne peut pas dire que la contrainte soit employée pour en assurer directement

l'application. Sans doute, les mesures matérielles de police qui sont prises, au nom de l'État et des communes, pour assurer la tranquillité et la sûreté publiques, constituent un mode de sanction préventif matériel de la loi pénale. Mais ces mesures de police, tant qu'il n'y a pas eu violation de la loi, constituent-elles véritablement un emploi de la contrainte matérielle ? Elles ne sont dirigées contre aucune personne déterminée. Elles sont une démonstration de la force publique, une sorte d'avertissement, à tous ceux qui seraient tentés de violer la loi, que la force est là pour assurer la répression s'il y a violation. La contrainte matérielle n'intervient réellement que lorsque la loi est violée. Un agent est spécialement compétent pour ordonner l'arrestation de l'auteur du délit ; certains agents peuvent procéder à cette arrestation ; une juridiction déterminée est compétente pour apprécier si l'infraction a été commise et pour prononcer une certaine peine contre celui qui est convaincu d'en être l'auteur. La peine prononcée, mort, travaux forcés, réclusion, emprisonnement, sera matériellement exécutée contre le condamné. Voilà la contrainte matérielle. Elle n'apparaît que pour permettre d'exécuter la condamnation ; car l'arrestation préventive elle-même n'a pas d'autre but que de permettre d'exécuter la condamnation. La contrainte matérielle est donc employée non pas précisément pour assurer l'exécution de la loi, mais l'exécution d'un jugement rendu conformément à la loi. Il est vrai que cette condamnation est destinée aussi à agir par voie préventive, par intimidation, à l'égard de ceux qui seront tentés de commettre la même infraction. Mais on reconnaîtra qu'il y a là une sanction matérielle de la loi tout à fait indirecte.

Lois prohibitives non pénales. — Il paraît tout à fait évident qu'elles ne sont pas, qu'elles ne peuvent pas

être sanctionnées directement par la force. Leur sanction est une réparation pécuniaire ou une nullité, qui n'intervient naturellement que lorsqu'il y a eu violation de la loi. Si le fait défendu est un fait matériel, la force n'interviendra que lorsque l'agent compétent a constaté le fait et ordonné l'accomplissement d'une réparation ; c'est cette décision juridictionnelle qui sera exécutée par la force, et non point la loi.

Si la manifestation de volonté interdite par la loi a eu lieu en vue de produire un effet de droit, la sanction est habituellement la nullité de l'acte. Mais il n'y a pas forcément nullité, et une disposition par voie générale qui défendrait certains actes juridiques, sans établir la sanction de la nullité, serait néanmoins une loi matérielle ; la *lex imperfecta* est encore une loi. Cela résulte de tout ce qui précède : la nullité, comme la répression, la réparation, n'est qu'un moyen imaginé pour arriver indirectement à une sanction de la loi. Ces moyens peuvent être plus ou moins énergiques, plus ou moins incomplets ; ils peuvent manquer même. La disposition restera quand même une loi, quand elle est générale et impérative, parce que sa vraie sanction se trouve dans son caractère de règle sociale.

Aujourd'hui, la *lex imperfecta* est extrêmement rare, et on peut dire que toute manifestation de volonté, faite avec l'intention de produire un effet de droit, est en règle frappée de nullité quand elle est contraire à un texte de loi. Cette nullité est prononcée ou constatée par un agent compétent, et c'est encore ici la décision de l'agent qui sera exécutée, si besoin est, par l'emploi de la contrainte matérielle. Il faut observer d'ailleurs que la nullité d'un acte fait en violation de la loi étant prononcée, il ne sera pas toujours possible, même par l'emploi de la force, de remettre les choses en l'état, et la nullité est un moyen quelque peu imparfait de sanction des lois.

Lois impératives. — Ce sont celles qui imposent directement à certaines personnes l'obligation d'accomplir une certaine prestation, un certain agissement, comme les lois d'impôt, les lois d'assistance et de prévoyance. Pour les lois de ce genre, il n'y a pas non plus un mode de sanction directe par la force. La question de sanction ne se pose évidemment que lorsque la prestation ou l'agissement ordonnés par la loi ne sont pas effectués. En pareil cas, un acte juridique individuel doit intervenir, acte juridique proprement dit, acte administratif ou acte juridictionnel (le point importe peu), un acte qui fait naître une obligation pour un individu déterminé ; et c'est cet acte individuel qui sera ramené à exécution par la force. Ce n'est point la loi, à vrai dire, qui est exécutée ; c'est un acte de volonté individuelle émanant d'un agent public et qui, fait conformément à la loi, produit un effet dont la réalisation ou l'équivalent sont garantis par l'emploi de la contrainte.

En résumé, on dit une chose peu exacte quand on définit la loi une règle obligatoire sanctionnée par la force. L'emploi de la force n'est pas étranger complètement à la sanction de la loi, mais il n'intervient jamais qu'indirectement, pour assurer la réalisation d'un effet de droit voulu conformément à la loi, ou pour garantir une répression, une réparation ou une annulation au cas où un acte est fait contrairement à la loi. Pour certaines lois, l'emploi de la contrainte est impossible même indirectement. Tout ce qu'on peut dire dans une définition générale de la loi, c'est qu'elle est une règle édictée *sous une sanction sociale*. La formule est un peu vague, mais elle est seule exacte.

Cette sanction sociale varie infiniment dans ses formes et ses moyens. On peut dire cependant qu'elle n'apparaît que lorsque a été accompli un acte individuel con-

forme ou contraire à la loi. S'il est conforme à la loi, la sanction sociale consiste dans l'intervention de la force pour assurer son exécution. S'il est contraire à la loi, la sanction sociale intervient, soit pour réaliser son annulation, soit pour assurer une répression contre son auteur, soit pour garantir la réparation du préjudice occasionné.

Sur la sanction de la loi, on lira avec intérêt l'article de J. Barthélemy, *L'obligation de faire en droit public, Revue du droit public,* 1912, p. 536 et s.; les conclusions de M. Romieu, commissaire du gouvernement, tribunal des conflits, 2 décembre 1902, S., 1904, III, p. 17; les conclusions de M. Léon Blum, commissaire du gouvernement, conseil d'État, 17 mars 1911, *Recueil,* 1911, p. 342.

§ 20. — *Les règlements sont des lois matérielles.*

Suivant une terminologie qui peut être considérée aujourd'hui comme définitivement établie, on donne le nom de règlement à toutes décisions portant disposition par voie générale et émanant d'un organe autre que celui qui, d'après la constitution du pays considéré, a le caractère d'organe législatif. En d'autres termes, le règlement est une loi au point de vue matériel; il ne l'est pas au point de vue formel. En France, d'après notre constitution, l'organe législatif est le parlement agissant avec la collaboration du président de la République, pour l'initiative parfois et pour la promulgation toujours. Par conséquent, le règlement est toute décision portant disposition par voie générale et prise par un organe quelconque autre que le parlement et le chef de l'État associés conformément à la constitution.

Le lieu n'est pas ici de déterminer en détails les autorités qui ont en France le pouvoir réglementaire et non plus le domaine dans lequel elles peuvent l'exercer, ni de rechercher si le pouvoir réglementaire très étendu qui, incontestablement, appartient actuellement au chef

de l'État, est ou non conforme aux principes de la séparation des pouvoirs tel que l'entend le droit positif français. Ce sont là questions qui viendront lorsque j'étudierai plus tard l'organisation de l'État français. Il suffit de rappeler ici que dans tous les pays modernes, et particulièrement en France, beaucoup d'autorités d'ordre administratif ont un pouvoir réglementaire extrêmement étendu. Les préfets et les maires font des règlements de police qui constituent une véritable législation dans le cadre du département et de la commune. D'autre part, par suite de nécessités pratiques, les ministres ont peu à peu acquis un pouvoir réglementaire pour tout ce qui touche l'organisation des services dépendant de leur département. Enfin les chefs d'État et spécialement le président de la République française font de nombreux et importants règlements sur les matières les plus diverses. Cette compétence s'est établie et développée sous l'action des besoins pratiques, et si l'on ouvre un code, on s'aperçoit vite que la législation réglementaire dépasse de beaucoup en étendue la législation par la loi formelle. Pendant la guerre, les circonstances ont encore considérablement accru l'activité réglementaire, et depuis la paix, l'évolution continue dans le même sens. Tout cela sera étudié plus tard. Pour le moment, je prends le règlement comme tel et spécialement le règlement du chef de l'État. Je dis qu'il est du point de vue matériel, et seulement du point de vue matériel, une loi et vraiment une loi.

Plus je réfléchis à la question et plus je reste convaincu que si cette proposition est encore contestée, c'est que consciemment ou inconsciemment on continue à confondre le point de vue matériel et le point de vue formel, c'est qu'on fait encore une autre confusion en disant qu'il faut distinguer ce qui est matière de loi et

ce qui est matière de règlement. Rechercher ce qui est matière de loi et ce qui est matière de règlement, c'est tout simplement rechercher sur quelle matière le parlement est seul compétent pour édicter une disposition par voie générale et sur quelle matière une autorité autre que le parlement, le gouvernement par exemple, est compétente pour édicter une disposition de cette nature. Or, en faisant une pareille détermination, on se place exclusivement au point de vue formel et non plus au point de vue matériel, puisqu'on envisage seulement les organes qui interviennent et qui sont ou non compétents pour intervenir.

Je ne me lasserai pas de le dire : si l'on veut éviter les quiproquos et les confusions, il faut bien comprendre que déterminer le caractère d'un acte au point de vue matériel, c'est le déterminer d'après la modification qui se produit dans l'ordonnancement juridique consécutivement à cet acte. Par suite, au point de vue de leur nature juridique, au point de vue matériel, deux actes sont identiques si consécutivement à eux nous apercevons une modification identique dans l'ordonnancement juridique.

Cela étant bien compris, je crois avoir établi que consécutivement à la loi, considérée au point de vue matériel, il naît une modification du droit objectif, une règle de droit nouvelle. La loi est un acte-règle, dans le sens et avec la portée que j'ai déterminés au tome I, pages 221 et suivantes. Cette règle est impérative et elle est sanctionnée dans les conditions qui ont été expliquées au paragraphe précédent. Or, je mets quiconque au défi de démontrer qu'au point de vue juridique, c'est-à-dire au point de vue des modifications qui se produisent après les règlements dans l'ordonnancement juridique, il y ait une différence quelconque avec celles qui se produisent après la loi. Après le règle-

ment, comme après la loi, il y a une règle nouvelle, c'est-à dire une nouvelle disposition par voie générale. C'est une modification au droit objectif, rien qu'au droit objectif, qui s'est produite et c'est une disposition par voie générale qui a été édictée précisément parce que c'est une règle. Règle impérative comme celle émanant de la loi ; règle sanctionnée exactement dans les mêmes conditions que la loi : l'acte fait conformément à elle est protégé ; l'acte qui la viole peut donner naissance à une annulation, à une répression, à une réparation.

La disposition contenue dans un règlement est générale comme celle de la loi. On ne peut pas prétendre le contraire sous prétexte qu'elle ne s'adresserait qu'aux agents publics, à la différence de la loi qui s'adresse à tout le monde. D'abord, il n'est pas vrai de dire de tous les règlements qu'ils ne s'adressent qu'aux agents publics. On verra plus loin des exemples de règlements qui s'adressent aux simples particuliers comme aux fonctionnaires. D'autre part, serait-il vrai que le règlement ne s'adresse jamais qu'aux fonctionnaires, cela ne lui enlèverait pas son caractère de généralité. Il y a beaucoup de lois matérielles sur le caractère desquelles tout le monde est d'accord et qui ne s'adressent cependant qu'aux fonctionnaires. On pourrait même soutenir, et l'idée a été défendue en Allemagne par de grands jurisconsultes, notamment Binding pour les lois pénales, que la loi proprement dite ne s'adresse jamais qu'aux fonctionnaires, et en tout cas, il y a beaucoup de lois constructives qui paraissent bien ne s'adresser qu'aux seuls agents publics. Elles n'en sont pas moins des lois au sens matériel parce qu'elles n'en contiennent pas moins des dispositions par voie générale. Ce qui fait la disposition par voie générale, c'est qu'au moment où elle est édictée, on ne peut pas déterminer nommément la ou les personnes auxquelles elle s'appliquera seule-

ment. Il peut se faire que la disposition par voie générale ne s'applique qu'à une seule personne en fait ou à une catégorie très restreinte de personnes. Elle n'en sera pas moins une disposition par voie générale, si au moment où elle est portée il est impossible de déterminer individuellement les gens auxquels elle s'appliquera, si elle contient une formule visant toute personne qui se trouvera dans les conditions prévues pendant la période d'application.

Je le répète, le règlement est une loi au sens matériel parce qu'il est un acte-règle, et cela dit tout. Mais il est évident que le règlement émanant d'un organe autre que l'organe législatif, et celui ci étant considéré dans les conceptions modernes comme l'organe supérieur de l'État, le règlement émanant d'un organe qui lui est subordonné, le règlement ne peut modifier la loi formelle, c'est-à-dire la loi émanant de l'organe législatif. Le règlement ne peut pas intervenir sur des matières qui, d'après la constitution d'un pays, sont réservées à l'organe législatif. Le règlement ne peut être porté en violation d'une disposition contenue dans une loi formelle. Il peut se faire que le droit positif d'un pays, comme le droit français, n'admette, en ce qui concerne la loi formelle, ni l'exception d'illégalité, ni le recours en annulation, et qu'au contraire exception et recours soient recevables contre les règlements. Toutes ces différences entre la loi et le règlement se rattachent au point de vue formel. Loi formelle et règlement émanent d'organes différents, et cela entraîne des différences au point de vue de la compétence et au point de vue des voies de recours.

Mais il reste qu'au point de vue juridique interne, le règlement et la loi matérielle interne sont identiques. J'ai beau chercher, je ne puis arriver à trouver entre eux une différence quelconque. Je serais très heureux qu'on pût m'en montrer une.

Pour compléter cette démonstration, je prends à titre d'exemple les règlements qui, dans tous les pays, sont les plus nombreux, les règlements de police et les règlements d'organisation des services publics. Que ces dispositions soient contenues dans un règlement ou dans une loi formelle, on ne méconnaîtra pas qu'elles aient au point de vue juridique interne, au point de vue de la modification qui se produit dans l'ordonnancement juridique, identiquement le même caractère. Si je considère, par exemple, le Code de la route contenu dans le décret réglementaire du 27 mai 1921, j'affirme, sans craindre un démenti quelconque, que si les dispositions qu'il contient avaient été portées par une loi formelle, il ne serait venu à personne l'idée de prétendre que ces dispositions générales n'auraient pas le caractère de lois matérielles. Comment peuvent-elles perdre ce caractère du fait qu'elles sont contenues dans un décret du président de la République? Comment la même disposition peut-elle avoir un caractère juridique interne différent suivant qu'elle émane du parlement ou du chef de l'État? Incontestablement, il y a des différences nombreuses entre un décret et une loi, et notamment au point de vue des recours, comme je le disais précédemment. Mais cela est uniquement le point de vue formel. Ce que je dis des règlements de police, je pourrais le dire exactement dans les mêmes termes des règlements portant organisation d'un service public.

Qu'on ne dise pas que toutes ces discussions sont sans intérêt puisqu'on admet que les règlements sont susceptibles de recours à raison du caractère de l'organe dont ils émanent, quand les lois formelles ne le sont pas et que, par conséquent, il y a lieu seulement de faire la distinction au point de vue formel entre la loi et le règlement, distinction simple qui, elle, ne peut être contestée.

Je réponds d'abord, comme je l'ai déjà fait souvent, qu'il y a toujours grand intérêt à avoir des idées théoriquement exactes et que si l'on ne voit pas de prime abord l'intérêt pratique qu'il y a de dire que les règlements sont des lois matérielles, il faut néanmoins le dire et le dire avec fermeté, avec insistance, parce qu'il y a, dans l'opinion contraire, une erreur théorique, ce qui est toujours dangereux.

D'autre part, il n'est pas vrai de dire que la proposition que je défends ne présente pas d'intérêt pratique; elle en a au contraire un considérable. En effet, si le règlement est une loi matérielle, dans un pays qui pratique la séparation des pouvoirs le pouvoir réglementaire ne peut pas exister en principe; ou du moins il ne peut exister que dans les cas où la constitution le permet formellement et au profit des organes auxquels elle le confère expressément. Le principe de la séparation des pouvoirs dans son sens rigoureux implique que tout ce qui est législatif appartient à un organe déterminé, en fait l'assemblée législative; et le législatif, c'est le pouvoir d'édicter des dispositions par voie générale. Par conséquent, aucun autre organe que l'assemblée législative ne peut en édicter; et le pouvoir réglementaire n'existe pas ou du moins n'existe que dans les cas où la loi constitutionnelle l'établit expressément. Et en effet, la constitution de 1791 interdisait au roi de faire des lois même provisoires et lui permettait seulement de porter des proclamations conformes aux lois pour en ordonner ou en rappeler l'exécution (tit. III, chap. IV, sect. I, art. 6). Pour la même raison, le président des États-Unis n'avait point le pouvoir réglementaire, et il ne l'a acquis en fait que sous l'empire des circonstances et des nécessités pressantes de la guerre.

Voici un autre intérêt et de lui on ne pourra pas dire qu'il n'est pas pratique. On sait que dans les pays qui,

comme la France, admettent la séparation des tribunaux administratifs et des tribunaux judiciaires, ces derniers ne peuvent ni apprécier, ni même interpréter un acte administratif, que si une question d'interprétation touchant un acte administratif s'élève devant eux à l'occasion d'un procès civil, elle forme une question préjudicielle, et qu'ils doivent surseoir à statuer sur la question principale jusqu'à ce que les tribunaux administratifs aient donné l'interprétation. Si les règlements sont des actes administratifs, les tribunaux judiciaires ne peuvent les interpréter. S'ils sont au contraire des actes législatifs, les tribunaux judiciaires non seulement peuvent, mais encore doivent les interpréter, parce que tous les tribunaux, judiciaires ou administratifs, peuvent et doivent interpréter les lois qui sont invoquées devant eux. Si le règlement est un acte législatif et qu'à l'occasion d'un procès civil une question d'interprétation se pose devant un tribunal judiciaire, celui-ci violerait la loi s'il renvoyait l'interprétation devant un tribunal administratif, il doit lui-même l'interpréter. Il en serait différemment si le règlement était un acte administratif et non un acte législatif. On ne contestera pas que ce soit là un intérêt pratique de premier rang.

La jurisprudence de la cour de cassation décide d'une façon constante que les tribunaux judiciaires peuvent et doivent interpréter tous les règlements invoqués devant eux, précisément parce qu'ils ont la nature interne d'actes législatifs.

La question s'est posée récemment devant la chambre civile qui, sur le rapport de M. le conseiller Ambroise Colin, dans un arrêt remarquablement motivé, a décidé (il s'agissait dans l'espèce des règlements sur la comptabilité publique du 31 mai 1862 et du 8 avril 1878) que les tribunaux judiciaires sont compétents pour interpréter tous les règlements administratifs parce qu'ils participent au caractère de la loi. On lit dans l'arrêt : « Attendu

que lesdits règlements ne constituent pas des actes administratifs spéciaux et individuels, dont l'interprétation échappe à la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire, mais des dispositions générales rendues en vertu du pouvoir réglementaire de l'administration, *qui participent ainsi du caractère de la loi;* il appartient dès lors à l'autorité judiciaire, non seulement d'en faire l'application quand leurs dispositions sont claires et précises, mais encore d'en apprécier la légalité et d'en interpréter le sens, lorsque cette interprétation est nécessaire pour la solution d'un litige dont elle a été compétemment saisie. »

Cass. civ., 24 octobre 1917, S., 1918-1919, I, p. 193, avec une note de Duguit; *Revue du droit public*, 1917, p. 620 et s., avec le rapport de M. Ambroise Colin. Dans le même sens, Cass. req., 10 janvier 1921, D., 1921, I, p. 49, avec une note de Jean Appleton.

Les meilleurs auteurs français enseignent qu'au point de vue de la nature interne, au point de vue matériel, il n'y a pas de différence entre les lois et les règlements.

Esmein écrit : « Ces décrets (décrets réglementaires du président de la République) qui, comme la loi, statuent pour l'avenir à l'égard de tous, obligent les citoyens comme les lois elles-mêmes. Ils peuvent recevoir une application directe devant les juridictions administratives ou même devant les tribunaux civils ou de commerce et, de plus, ils sont toujours munis d'une sanction pénale comme tous les règlements administratifs. Ils forment une partie très importante de notre droit et constituent à côté des lois comme une législation seconde et dérivée » (*Droit constitutionnel,* 7e édit., I, p. 675 et 676).

Gény et Moreau ne voient aucune différence de nature entre le contenu d'un règlement et celui d'une loi matérielle. Moreau déclare qu'après avoir beaucoup cherché, il a renoncé à en trouver une (Gény, *Méthode d'interprétation,* 1900, p. 215 et 2e édit., 1919, I, p. 248; Moreau, *Le règlement administratif,* 1903, p. 60).

Tous les auteurs qui ont essayé de déterminer une différence entre le règlement et la loi au sens matériel, ou bien ont indiqué des différences qui touchent le point de vue formel, ou bien des différences au point de vue des matières qui font l'objet des règlements et des lois, distinction qui, comme je l'ai dit plus haut, touche à la compétence des organes considérés et qui, par conséquent, est faite encore du point de vue formel et non du point de vue matériel.

Ainsi, un auteur distingué, le professeur Artur, de Rennes, a

confondu les deux points de vue quand il écrit : « La loi est une règle générale qui ne se rattache à aucune prescription antérieure comme mesure d'exécution... Quand le législateur règle une matière quelconque, il le fait avec une liberté illimitée, il use de la souveraineté la plus radicale et la plus entière » (Artur, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*, 1905, p. 8).

Je voudrais bien savoir ce que c'est que la *souveraineté la plus radicale et la plus entière*. Artur, qui a voulu faire, il le dit lui-même, une étude de droit positif français, oublie que, d'après les principes les plus certains de notre droit constitutionnel, la souveraineté est une et indivisible, c'est-à-dire qu'elle est ou qu'elle n'est pas, qu'elle n'est susceptible ni de plus ni de moins, et qu'elle ne peut être plus ou moins radicale, plus ou moins entière. Sans y prendre garde, Artur a défini le caractère de l'organe qui fait habituellement la loi et non le caractère de la loi. A son insu, Artur est dominé par cette idée que la loi émane toujours d'un organe souverain, peuple, parlement, roi absolu, et il apporte dans la définition matérielle de la loi un élément purement formel. Mais, ajoute Artur, un recours est possible contre le règlement, il ne l'est pas contre une loi. Assurément : si un recours est possible contre le règlement, c'est tout simplement parce que, quoique ayant le caractère matériel de la loi, il émane d'un organe ou d'un agent, contre les décisions duquel, dans une organisation politique donnée, une voie de recours est recevable. La recevabilité d'un recours contre un acte dépend, non pas de la nature intrinsèque de l'acte, mais du caractère de l'organe ou de l'agent qui a fait l'acte.

Hauriou a fait un remarquable effort pour distinguer du point de vue matériel le règlement et la loi ; mais j'estime qu'il n'y est point parvenu. Voici le résumé de sa théorie d'après les deux dernières éditions de son *Précis de droit administratif*, 9e édition 1919, pages 79 et suivantes ; 10e édition 1921, pages 58 et suivantes.

Après avoir défini la loi une règle générale écrite à la suite d'une opération à procédure faisant intervenir les représentants de la nation qui déclarent obligatoires des rapports sociaux découlant de la nature des choses en les interprétant au point de vue de la liberté, Hauriou donne la définition suivante du règlement : « Une manifestation de volonté sous forme de règle générale, émise par une autorité ayant le pouvoir réglementaire qui tend à l'organisation et à la police de l'État dans un esprit à la fois constructif et autoritaire. »

Ces deux définitions visent en même temps le point de vue formel et le point de vue matériel. Du point de vue formel, la différence entre le règlement et la loi est évidente. Voici, d'après Hauriou, la différence au point de vue matériel : « Les éléments matériels du règlement, écrit-il, sont les suivants : 1° le caractère de règle générale (sur ce point le règlement ressemble à la loi) ; 2° le caractère de manifestation de volonté constructive tendant à l'organisation et à la police de l'État (ici se marque une première divergence avec la loi qui n'est pas une manifestation de volonté et qui n'est pas constructive) ; 3° le caractère autoritaire : la valeur obligatoire du règlement est tirée exclusivement d'un *jussus* gouvernemental et non pas d'une nature des choses qui serait obligatoire par elle-même ou du *consensus* de la nation. C'est une seconde différence avec la loi qui, d'une part, est conçue dans un esprit de liberté et qui, d'autre part, tire en partie son caractère obligatoire de la nature des choses et du *consensus* de la nation. »

Ainsi, Hauriou admet bien, comme moi, que la loi et le règlement sont des dispositions par voie générale et à cet égard sont identiques. Mais pour lui, la différence matérielle consisterait en ce que la loi tire sa force obligatoire de la constatation de rapports sociaux existant naturellement et au contraire le règlement du *jussus* gouvernemental.

Que la loi trouve le fondement de sa force impérative dans la norme juridique, produit naturel, spontané des consciences individuelles et des besoins sociaux, je n'y contredis point, bien au contraire, puisque c'est l'idée qui domine tout ce que j'ai écrit sur la loi. Cf. t. I, p. 1 et s. et *supra*, § 18. Mais cela ne fait pas qu'il n'y ait pas dans la loi, comme dans le règlement, un acte de volonté de l'organe étatique qui l'édicte. Cela ne fait pas non plus qu'il n'y ait pas un nombre considérable de lois qui ne formulent pas de norme juridique proprement dite, mais qui édictent des dispositions constructives pour en assurer la réalisation et pour régler l'organisation et la police de l'État, lois dans lesquelles se retrouvent tous les caractères qu'Hauriou attribue au règlement. Ces dernières dispositions législatives trouvent le fondement de leur caractère obligatoire dans la norme juridique à laquelle elles se rattachent. Il en est de même des règlements qui, pas plus que la loi, ne peuvent tirer leur force obligatoire d'un *jussus* gouvernemental, parce que ce prétendu *jussus* impliquerait l'existence d'une puissance souveraine qui n'existe pas, et qui, comme la loi, trouvent simplement le principe de leur

force obligatoire dans la norme juridique à laquelle ils se rattachent. La différence matérielle qu'Hauriou tente d'établir entre la loi et le règlement n'existe donc pas.

Au reste, la différence que notre collègue met en avant n'est point, à vrai dire, une différence matérielle. Ce que dit Hauriou en des termes savants revient à dire que la loi émane de l'assemblée représentative du peuple et le règlement du gouvernement ou de ses agents. C'est évident; pour le dire, il était inutile d'employer de grands mots; la différence tient à la différence des organes et, par conséquent, est purement formelle.

Je ne parle pas de la prétendue différence résultant de ce que la loi est orientée vers la liberté et le règlement vers l'autorité, puiqu'il y a de nombreux règlements dont la tendance est singulièrement plus libérale que celle de beaucoup de lois. Je demande si une loi, comme celle sur le recrutement militaire, ne réunit pas tous les caractères matériels que notre collège attribue au règlement.

Enfin, Hauriou, à la page 55 de la 10e édition, écrit : « Du moment que des règlements peuvent être déclarés illégaux, c'est qu'ils ne sont pas des lois, car des lois ne sauraient être illégales. » Ici, le savant auteur confond bien nettement le point de vue formel et le point de vue matériel. En disant que les lois ne sont pas susceptibles d'être déclarées illégales, il a en vue les lois formelles; et si elles ne le peuvent pas, c'est qu'elles émanent d'un organe dont les décisions, en France et dans la plupart des pays, échappent à la critique contentieuse. Mais, logiquement, rien ne s'oppose à ce qu'il en soit autrement. De ce que les décisions du parlement échappent à tout recours et de ce que les décisions émanant d'autres organes en sont, au contraire, susceptibles, il ne résulte pas que des décisions par voie générale impératives ne soient pas toujours identiques au point de vue du caractère juridique interne.

Nézard, critiquant l'assimilation que je fais au point de vue matériel de la loi et du règlement, écrit : « Pour prouver qu'il n'existe aucune différence de nature entre la loi et le règlement, il faudrait démontrer que le contenu du règlement et le contenu de la loi sont identiques et que des mesures quelconques peuvent indifféremment être prises dans l'un et l'autre acte » (Nézard, *Le contrôle juridictionnel des règlements d'administration publique*, *Revue générale d'administration*, novembre 1909, p. 261, et tirage à part 1910).

Le raisonnement n'est pas bon. Assurément, il y a des dispo-

sitions qui ne peuvent pas être édictées dans un règlement, mais seulement dans une loi formelle. Cela prouve tout simplement que le parlement et le chef de l'État n'ont pas la même compétence, et pas du tout que le règlement et la loi n'ont pas le même caractère matériel. Le raisonnement de Nézard conduirait à dire, par exemple, que les actes administratifs d'un ministre et d'un préfet, ou d'un préfet et d'un maire n'ont pas le même caractère matériel, parce que les actes du ministre n'ont pas le même objet que les actes du préfet et du maire et que ces trois fonctionnaires ont une compétence différente. Nézard a tout simplement encore confondu le point de vue matériel et le point de vue formel.

Les juristes allemands ont particulièrement étudié la question du caractère matériel du règlement, de la *Verordnung;* et les deux représentants les plus autorisés de la doctrine publicistique, Laband et Jellinek, sont d'accord pour déterminer de la manière suivante la différence existant du point de vue matériel entre la loi et la *Verordnung*. Pour ces deux auteurs, on l'a vu précédemment, la loi est un *Rechtsgesatz*, c'est-à-dire une disposition qui établit un droit nouveau au point de vue objectif et au point de vue subjectif. Au contraire, le règlement, la *Verordnung,* n'est pas un *Rechtsgesatz;* il ne crée pas un droit nouveau, ni objectif ni subjectif. Il intervient dans l'intérieur de l'ordonnancement juridique existant. Laband écrit notamment : « Ces actes par voie générale ne peuvent pas être des actes législatifs au sens matériel, *parce qu'ils ne sortent pas de l'intérieur de l'appareil administratif,* parce qu'ils ne comprennent pas un commandement adressé à des sujets, parce qu'ils ne contiennent pas véritablement l'énoncé d'une règle, parce que, dans tous les cas, la disposition contenue dans ces règlements ne rejaillit pas sur la situation juridique des particuliers. Pour l'administration formant un tout, cette disposition n'est pas un ordre inéluctable émanant d'un pouvoir supérieur; elle est une manifestation de sa propre volonté; elle ne crée pas un droit; elle se meut à l'intérieur des barrières établies par le droit » (*Droit public,* traduction française, 1901, II, p. 377 et 380).

Jellinek distingue les règlements de droit (*Rechtsverordnungen*) et les règlements d'administration (*Vervaltungsverordnungen*). Les premiers sont des lois matérielles; ils contiennent un *Rechtsgesatz;* ils n'ont pas la forme de la loi, ils en ont le fond. Quant au point de savoir dans quels cas peuvent intervenir des règlements de droit, cela dépend de la loi constitutionnelle du pays considéré. On peut dire d'une manière générale qu'ils exis-

tent d'abord au cas de règlements de nécessité (*Nothverordnungen*), c'est-à-dire de règlements qui sont faits par le gouvernement au cas de nécessité urgente sur une matière qui, en principe, ne peut être réglementée que par une loi formelle. Les règlements de droit interviennent en second lieu lorsqu'une loi formelle a donné spécialement sur une partie quelconque du droit, droit civil, droit criminel, droit administratif, compétence spéciale au gouvernement.

Quant aux règlements d'administration (*Verwaltungsverordnungen*) ils ne sont point des lois au sens matériel ; ils ne créent pas le droit ni au sens objectif, ni au sens subjectif. Comme Laband, Jellinek estime que ce qui caractérise ces règlements, c'est qu'ils n'ont pas d'effet en dehors de l'organisme étatique. Il écrit : « Les *Verwaltungsverordnungen* ne créent jamais un droit nouveau ; elles se meuvent sur la base de l'ordonnancement juridique existant. » Cependant, à la différence de Laband, Jellinek admet que si beaucoup de règlements d'administration s'adressent seulement aux fonctionnaires, il en est aussi qui s'adressent aux sujets, que notamment les règlements d'organisation s'adressent non seulement aux fonctionnaires, mais aussi au public, et de même tous les règlements qui déterminent le mode d'utilisation d'un service public par les particuliers. Il est vrai que Jellinek fait observer que parfois les règlements de cette espèce sont des règlements de droit (*Rechtsverordnungen*) (*Gesetz und Verordnung*, 1887, p. 366 et s.).

Si on laisse de côté les divergences de détails qui séparent Laband et Jellinek, leur pensée commune paraît bien être celle-ci. Du point de vue matériel, la différence entre le règlement et la loi consiste en ce que la loi seule crée le droit, que le règlement proprement dit n'introduit pas un élément nouveau dans l'ordonnancement juridique existant. Or, cela n'est vrai ni des règlements de police ni des règlements d'organisation.

Les règlements de police ont essentiellement pour but de restreindre la sphère juridique des particuliers. Certainement, si de pareilles dispositions avaient été inscrites dans une loi formelle, il ne serait venu à l'idée de personne de dire qu'elles n'avaient pas le caractère matériel de loi. C'est toujours le point de vue formel qui influe sur le point de vue matériel : on se trouve en présence de dispositions qui sont édictées par un organe qui habituellement ne fait pas la loi ; on s'ingénie alors, contre l'évidence, à démontrer qu'elles n'ont pas le caractère de loi matérielle.

Rosin a bien montré ce caractère de *loi matérielle* appartenant aux règlements de police. Il écrit très justement : « L'ordonnance de police a le caractère *matériel* de loi et le caractère *formel* d'une ordonnance... Le contenu des ordonnances de police est constitué par des prescriptions de droit par lesquelles dans l'intérêt de la police les sujets sont astreints à des actes ou à une abstention sous une sanction pénale. Une loi de police faite par le parlement a exactement le même contenu » (Rosin, *Verordnungsrecht*, 2e édit., 1895, p. 55).

D'autre part enfin, il est impossible de dire, avec Laband, que les règlements d'organisation « ne sortent pas de l'appareil administratif, ne réagissent pas sur les particuliers ». Sans doute, ils ont pour but essentiel l'organisation intérieure des services publics, mais ils réagissent toujours plus ou moins sur les particuliers. On s'en convaincra aisément en parcourant les principaux règlements d'organisation. Est-ce que, par exemple, les nombreux règlements sur l'instruction publique n'atteignent pas tous les particuliers qui, sous une forme ou sous une autre, veulent profiter de l'enseignement public? Est-ce que les innombrables règlements sur l'armée ne touchent pas tous les Français qui, avec le service militaire obligatoire, appartiennent, sauf quelques rares exceptions, à l'armée depuis l'âge de 20 ans jusqu'à celui de 45 ans? Est-ce que même les règlements qui répartissent les affaires dans chaque département ministériel entre les directions, les divisions, les bureaux ne s'adressent pas aussi bien aux administrés intéressés qui doivent aller à tel ou tel bureau qu'aux employés du ministère qui doivent s'occuper de telle ou telle affaire? Ce qui montre bien que je suis dans le vrai, c'est l'embarras des auteurs que je combats, quand ils se trouvent en face d'une organisation, l'organisation d'un ministère par exemple, qui est régie en même temps par une loi et par un règlement. Le contenu de la loi et du règlement est alors exactement le même; si l'on veut être logique, il faut dire que la loi et le règlement sont des actes administratifs. Or, on n'ose pas dire que cette loi n'est pas une loi matérielle; donc ce règlement, qui a le même contenu, est aussi au point de vue matériel un acte législatif.

Hauriou, parlant de la doctrine de Laband et de Jellinek, dit que ces auteurs se trompent quand ils enseignent que du règlement ne peut naître aucun droit subjectif. Il ajoute que « la seule différence qu'on puisse relever, c'est que les droits subjectifs consacrés par la loi seront plus stables, *plus acquis, plus définitifs* que ceux consacrés par un simple règlement ».

Je voudrais bien savoir ce que c'est qu'un droit plus acquis qu'un autre. Je n'ai jamais su ce que c'était qu'un droit acquis, car un droit est ou n'est pas; et du moment qu'il est, il est acquis. Je sais encore moins ce que c'est qu'un *droit plus ou moins acquis* qu'un autre droit. J'ignore aussi ce que c'est qu'un droit *plus definitif*. Ce qui est définitif l'est, ni plus ni moins. Hauriou veut dire probablement que la procédure pour modifier ou abroger un règlement est moins compliquée et plus rapide que celle pour modifier une loi et que, par conséquent, les droits qui résultent d'un règlement peuvent être supprimés ou modifiés plus facilement que ceux qui dérivent d'une loi. Cela ne tient pas à la nature de la loi ou du règlement, mais au mode de confection de la loi et du règlement et, par conséquent, uniquement à l'élément formel. C'est encore une confusion du point de vue matériel et du point de vue formel.

Carré de Malberg, n'admettant pas la distinction du point de vue formel et du point de vue matériel pour la loi, ne l'admet pas davantage naturellement pour le règlement. Cependant, à la lecture de certains passages, par exemple page 334, on pourrait croire le contraire. Mais il conclut : « Le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire diffèrent profondément l'un de l'autre. Le règlement et la loi sont tous deux des sources du droit; mais le droit qu'ils créent respectivement n'a pas la même valeur et, en effet, ils ne le créent pas avec la même puissance... Ainsi la même règle peut, suivant les conditions dans lesquelles elle est émise, acquérir deux natures différentes. Bien entendu, ce n'est pas au point de vue de son contenu que sa nature varie; mais avec un contenu identique elle a, quant à son efficacité constitutionnelle, une portée changeante parce qu'elle peut être établie pour valoir soit à titre de règle législative, soit à titre de prescription simplement réglementaire » (*Théorie générale de l'État*, I, 1920, p. 336 et 337).

Tout cela est l'évidence même; personne ne l'a jamais contesté et les longues pages que Carré de Malberg consacre à ce développement étaient inutiles. Mais tout cela se rattache au caractère des organes qui font la loi formelle et le règlement, et constitue, par conséquent, une différence exclusivement formelle.

En note de la page 337, Carré de Malberg écrit que la règle législative s'impose à toutes les autorités étatiques, le législateur excepté. Il y a là certainement une erreur, que je tiens à relever. Évidemment, le législateur peut abroger ou modifier la loi qu'il

a faite; mais tant que la loi existe, elle s'impose au respect du parlement comme de tous les organes de l'État. De ce qu'il n'y a pas pour le moment, en droit positif français, un recours contentieux recevable contre les actes individuels faits par le parlement en violation de la loi, il ne résulte pas que le parlement ne soit pas lié par la loi comme tous les autres organes de l'État.

Sur les actes réglementaires, outre les auteurs précédemment cités, cons. Valegeas, *Le pouvoir réglementaire,* thèse, Bordeaux, 1895; Balakowski-Petit, *La loi et l'ordonnance dans les États qui ne connaissent pas la séparation des pouvoirs,* thèse, Paris, 1901; Moreau, *Le règlement administratif,* 1902; Raiga, *Le pouvoir réglementaire du président,* thèse, Paris, 1903; Cahen, *La loi et le règlement,* thèse, Paris, 1903; Jellinek, *Gesetz und Verordnung,* 1887; Rosin, *Verordnungsrecht,* 2e édit., 1895; Juille, *Le domaine du règlement présidentiel,* thèse, Paris, 1905; Nézard, *Le contrôle juridictionnel des règlements d'administration publique, Revue générale d'administration,* novembre et décembre 1909, tirage à part, 1910; Duez, *L'indépendance du pouvoir législatif et du pouvoir réglementaire dans la fixation des règles de droit,* thèse, Lille, 1912; Kahn, *Die Abgrenzung des Gesetzgebungs-und Verordnungsrechts,* 1912; Wolgendorff, *Staatsnothrecht, Archiv des öff. Rechts,* XXVII, 1911, p. 220 et s.; Hatschek, *Ursprung der Nothverordnung,* 1899.

§ 21. — *Application de la loi dans le temps.*

En principe, la loi ne s'applique que sur le territoire sur lequel s'exerce la force des gouvernants qui l'édictent, et j'ai essayé de montrer au paragraphe 7 que le rôle du territoire comme élément de l'État était de servir à déterminer l'étendue d'application des actes émanés des gouvernants, et particulièrement des lois.

Cependant, dans certains cas, les lois d'un pays reçoivent application dans un pays étranger et les tribunaux d'un pays jugent des procès conformément à des lois étrangères. Cela est parfois le résultat d'une entente entre plusieurs gouvernements, comme par exemple les diverses conventions de La Haye relatives au mariage et à l'état des personnes. Cela est aussi le résultat de

règles qui, sans être formulées expressément nulle part, sont, d'une manière générale, acceptées par la jurisprudence et la doctrine, et forment ce qu'on est convenu d'appeler le droit international privé coutumier, dont le but est précisément de déterminer, au cas de conflit possible, l'étendue d'application territoriale des lois des différents pays.

Depuis quelques années, le droit international privé, conventionnel et coutumier, a fait d'immenses progrès. Je ne peux mieux faire que de renvoyer le lecteur à l'excellent livre de notre regretté collègue Despagnet, *Précis de droit international privé*, dont la 6e édition a été publiée par de Boeck, 1910; on y trouvera notamment un complet commentaire des conventions de La Haye de 1902 et de 1905 touchant le mariage et l'état des personnes, p. 48, 737, 790 et 868. Cons. aussi le grand ouvrage de Weiss, *Traité de droit international privé*, 5 vol. in-8°, 1905, et *Manuel de droit international privé*, 1920; Valéry, *Manuel de droit international privé*.

De la non-rétroactivité des lois. — Quant à l'étendue de l'application des lois dans le temps, tout le monde est d'accord pour la déterminer par la règle très logique et bien connue de la *non-rétroactivité*.

On s'accorde aussi à formuler cette règle en disant que les lois ne peuvent pas s'appliquer au passé, mais seulement à l'avenir, que le législateur ne peut légiférer que pour l'avenir et non pour le passé. Formules vagues qui doivent être précisées ; ce qui n'est pas sans soulever des difficultés sérieuses, mais dont beaucoup cependant ne seraient pas nées si l'on avait bien compris la distinction fondamentale à faire entre les situations légales ou objectives et les situations juridiques subjectives, et si l'on avait écarté la notion inadmissible de prétendus droits *acquis*.

Le principe de la non-rétroactivité des lois est formulé dans de nombreux textes de nos lois constitutionnelles et de nos lois ordinaires, soit en ce qui concerne toutes les lois, soit en ce qui concerne spécialement les

lois pénales. Dans la Déclaration des droits de 1789, on lit : « ... Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée » (art. 8). La Déclaration des droits de 1793 contient une formule particulièrement énergique : « Nul ne doit être jugé et puni qu'après avoir été entendu ou légalement appelé et qu'en vertu d'une loi promulguée antérieurement au délit. La loi qui punirait des délits commis avant qu'elle existât serait une tyrannie ; l'effet rétroactif donné à la loi serait un crime » (art. 14). La Déclaration de l'an III contenait une formule très générale s'appliquant à toutes les lois : « Aucune loi ni criminelle ni civile ne peut avoir d'effet rétroactif » (art. 14). Rapp. const. an III, art. 204. Enfin chacun connaît l'article 2 du Code civil : « La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif » ; et l'article 4 du Code pénal : « Nulle contravention, nul crime ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis. »

On s'est demandé si la règle de la non-rétroactivité avait force de loi constitutionnelle, s'imposant par conséquent au législateur ordinaire. En général, on donne la solution négative et l'on dit que le législateur peut toujours décider, sans violer aucun principe constitutionnel, qu'une loi aura effet rétroactif. A mon avis, cette proposition ne saurait être admise sans certaines réserves. D'abord, si l'on croit comme moi que la Déclaration des droits de 1789 a encore force de loi supérieure aux lois ordinaires et même aux lois constitutionnelles, on doit dire que le législateur ne pourrait, sans violer une règle positive supérieure qui s'impose à lui, décider qu'une loi pénale aura un effet rétroactif. Quant aux lois autres que les lois pénales, le législateur peut certainement décider, sans violer une règle constitutionnelle écrite, qu'elles auront un effet

rétroactif. Mais, en le faisant, le législateur violerait certainement le droit; il ferait une loi contraire au droit, une loi qui, théoriquement, serait sans valeur, comme toute loi contraire au droit. On verra, par les explications qui vont suivre, pourquoi toute loi qui viole cette règle est contraire au droit.

La cour de cassation décide que la règle de la non-rétroactivité est à la discrétion complète du législateur, qui peut y apporter les restrictions que bon lui semble. Dans son arrêt du 7 juin 1901, elle dit notamment : « Attendu que le législateur peut, il est vrai, déroger à la règle ordinaire de la non-rétroactivité en vue d'un intérêt supérieur d'ordre public, mais que, s'il n'a pas manifesté nettement sa volonté en ce sens dans la loi nouvelle, celle-ci doit être appliquée par le juge conformément à l'article 2 du Code civil » (S., 1902, I, p. 517, avec une note de Wahl, affaire de l'Institut des Frères de la doctrine chrétienne contre la ville de Paris).

La plupart des auteurs enseignent aussi que la règle de la non-rétroactivité des lois n'est pas une règle constitutionnelle et ne lie pas le législateur. Conf. notamment Baudry-Lacantinerie, *Droit civil*, I, n° 46; Planiol, *Droit civil*, I, n° 250; Carré de Malberg, *Théorie générale de l'État*, I, 1920 p. 686.

Le procédé des lois interprétatives employé parfois par le législateur pour masquer l'effet rétroactif qu'il donne à la loi semble indiquer qu'il n'est pas sûr de son droit.

De longues controverses se sont élevées sur la véritable portée et les conséquences de la règle de la non-rétroactivité. Il n'est pas douteux que son application soulève quelques difficultés assez délicates. Mais ces difficultés ont été augmentées, comme à plaisir, par l'introduction d'une notion fausse et sans portée, la distinction des droits *acquis* et des droits *non acquis*. Jamais personne n'a su ce que c'était qu'un droit non acquis. Si l'on admet l'existence de droits subjectifs, ces droits existent ou n'existent pas; telle personne est titulaire d'un droit ou non. Le droit non acquis est l'absence de droit. Dans la terminologie des jurisconsultes de l'école du droit de la nature et des gens,

l'expression *droits acquis* avait un sens; elle désignait les droits que l'homme acquiert par le fait de la vie sociale en opposition aux *droits innés* ou *naturels*. Mais ce n'est certainement pas dans ce sens qu'on emploie le terme dans la théorie de la non-rétroactivité. Cf. t. I, p. 136 et s.

Les nombreuses difficultés que l'on signale ne se seraient certainement pas élevées si, d'une part, on avait compris que la loi s'applique aux manifestations individuelles de volonté et si, d'autre part, on avait aperçu les situations légales ou situations objectives dérivant directement de la loi, alors même qu'elles naissent à la suite d'un acte de volonté qui est alors la condition et non la cause efficiente de leur formation. Ces situations légales, situations permanentes dérivant de la loi, suivent toutes les transformations de la loi, et la loi nouvelle modifie une situation légale née antérieurement sans produire pour cela un effet rétroactif.

La règle est donc tout simplement celle-ci : toute manifestation individuelle de volonté est toujours, quant à sa légalité et à sa validité, régie par la loi en vigueur au moment où elle s'est produite, quelles que soient les modifications apportées postérieurement à la loi. Comme le dit Planiol, on pourrait formuler la règle : *Tempus regit actum* similaire de la règle bien connue : *Locus regit actum*. Par application de cette règle, tout acte permis par la loi en vigueur au moment où il a été fait reste licite, alors même qu'une loi postérieure vient le prohiber. Tout acte juridique valable au moment où il a été fait reste valable, bien qu'une loi postérieure vienne modifier les conditions de validité. La règle s'applique sans difficulté au testament pour lequel des controverses se sont élevées : sa validité doit toujours être appréciée d'après la loi en vigueur au moment de sa confection.

La règle ne reçoit qu'une seule exception dont on aperçoit tout de suite la raison. Lorsqu'une loi, portée postérieurement à un fait délictueux d'après la loi en vigueur au moment où il a été commis, vient réduire la peine ou supprimer toute pénalité, le tribunal devra appliquer la loi postérieure. Il est de toute évidence que si le législateur a reconnu comme inutile ou excessive la peine prononcée par la loi ancienne, il est impossible d'appliquer encore cette loi ancienne.

Voici, à titre d'exemples, des applications exactes de la règle de la non-rétroactivité et de l'exception. La loi du 28 mars 1885 supprimant l'exception de jeu dans les marchés à terme et la loi du 22 janvier 1886 établissant la liberté du taux de l'intérêt en matière commerciale, ne se sont point appliquées aux contrats formés antérieurement à leur promulgation et pour lesquels les intéressés ont pu, malgré la loi nouvelle, invoquer l'exception du jeu ou la nullité. Mais, au point de vue pénal, on leur a accordé la rétroactivité en tant qu'elles supprimaient les pénalités établies par la loi du 3 septembre 1807 sur le taux de l'intérêt et par les articles 421 et 422 du Code pénal sur les marchés à terme ; elles ont mis fin à toute poursuite pénale, même pour les marchés antérieurs.

Le législateur, rarement il est vrai, donne parfois à la loi un effet rétroactif en décidant que sa disposition s'appliquera à des actes juridiques faits antérieurement à sa promulgation. On peut cependant citer quelques exemples. La loi du 17 nivôse an II sur les successions décide qu'elle s'applique aux successions ouvertes depuis le 14 juillet 1789, même liquidées et partagées ; et ainsi les partages faits sous l'application de la loi successorale antérieure sont anéantis. Il y a là vraiment un effet rétroactif de la loi. On en trouve encore un exemple dans la disposition de l'article 17, § 2,

n° 1, de la loi du 1er juillet 1901, qui déclare présumés faits à la congrégation et par conséquent sans valeur, sauf toutefois l'admission de la preuve contraire, les ventes, dons et legs faits à un membre de la congrégation, à moins que le bénéficiaire ne soit héritier en ligne directe du disposant. La règle de la non-rétroactivité exigerait que cette disposition ne s'appliquât qu'aux ventes, dons et legs faits à un congréganiste postérieurement au 1er juillet 1901. Or, il résulte certainement de l'article 18, § 7, que cette disposition s'applique aux dons et legs faits à des membres de congrégation antérieurement au 1er juillet 1901. Il y a donc là un effet rétroactif certain.

Cf. en ce sens, arrêt de la cour de cassation, 8 février 1904, S., 1905, I, p. 17, et la note intéressante de Chavegrin. — On discute le point de savoir si l'effet rétroactif a été attribué aussi par la loi aux autres présomptions d'interposition de personne établies par l'article 17. Chavegrin (*loc. cit.*) estime que non, et il a raison : la rétroactivité étant contraire au droit, on ne peut l'appliquer que lorsque la loi le dit expressément; il semble bien qu'il n'en est pas ainsi pour ces présomptions. — La cour de cassation décide que la loi du 1er juillet 1918, relative aux actes de l'état civil rédigés aux armées, est une loi rétroactive et non interprétative, qu'en conséquence elle ne permet pas de casser un arrêt rendu avant sa promulgation (Cass. req., 20 janvier 1920, D., 1921, I, p. 129, avec une note de Rouast). On arrive à cette conséquence, quelque peu contradictoire, que l'arrêt n'est pas cassé et que cependant l'acte qu'il a déclaré nul est valable par suite de l'effet rétroactif de la loi.

Si la loi ne peut pas s'appliquer aux manifestations de volonté individuelle antérieures à sa promulgation, elle s'applique, au contraire, aux situations légales existant au moment de sa promulgation. On en a dit précédemment la raison. On reconnaît la situation légale à ce qu'elle est une situation générale et permanente; elle est une situation de droit objectif. La situation de droit objectif sera modifiée par la loi, alors même qu'elle est née à la suite d'un acte juridique régulier d'après

la loi en vigueur au moment où il a été fait. On ne peut point dire que la loi, en s'appliquant à la situation légale déjà née, soit rétroactive, s'applique à un acte juridique antérieur à elle et en modifie les effets. On l'a dit déjà à plusieurs reprises : la situation légale n'est pas un effet de cet acte; elle dérive directement de la loi ; la déclaration de volonté, même contractuelle, n'a été que la condition de l'application de la loi à telle ou telle personne; et la loi nouvelle modifie seulement cette situation. Par là, beaucoup de difficultés sont écartées.

Je n'ai pas à revenir ici sur les développements donnés au tome I, relativement au caractère des situations légales ou de droit objectif, qui résultent directement de la loi ou qui naissent à la suite d'un acte juridique, condition d'application de la loi à une personne déterminée. La situation légale créée directement par la loi peut toujours être modifiée par une loi nouvelle. En cela, il n'y a point d'effet rétroactif. Il en est de même évidemment quand la situation légale, au lieu de naître directement de la loi, prend naissance après qu'un acte juridique a été accompli. Elle n'en reste pas moins une situation légale. Elle peut être modifiée par la loi nouvelle sans qu'on puisse dire que celle-ci ait un effet rétroactif. L'acte qui a été accompli n'est pas touché par la loi nouvelle, mais seulement la situation légale qui lui est consécutive. Née de la loi et non de l'acte, elle suit toutes les modifications de la loi. Si l'on avait compris cela, on aurait évité bien des controverses. Il est facile de le montrer en indiquant quelques-unes des questions qu'on a vivement discutées et dont la solution, si l'on se place à mon point de vue, apparaît logique et toute simple. Cf. t. I, p. 221 et s.

Toutes les lois qui modifient l'état et la capacité des personnes s'appliquent même aux personnes qui ont

acquis cet état et cette capacité avant la promulgation de la loi, alors même qu'elles ont acquis cet état ou cette capacité à la suite d'un acte de volonté. Si l'on suppose, par exemple, une loi modifiant l'état du citoyen français, elle s'applique, sans qu'il y ait par là effet rétroactif, à tous les Français et non pas seulement aux individus acquérant la qualité de Français après la promulgation de la nouvelle loi. Il en serait de même de la loi qui modifierait l'état des Français naturalisés; elle s'applique, sans qu'il y ait pour cela effet rétroactif, aux individus naturalisés avant la loi.

Mais il va de soi que la situation légale ne peut être modifiée que du jour où est portée la loi nouvelle. La loi ne peut pas s'appliquer à un acte fait, ni à une situation née régulièrement à une époque où elle n'existait pas encore. La situation légale, née régulièrement avant la loi nouvelle, subsiste telle quelle jusqu'à la promulgation de celle-ci. Elle ne peut être modifiée que pour l'époque qui suit la promulgation de la nouvelle loi. Cf. t. I, p. 123 et s., 221 et s., 252 et s.

La question s'est posée pendant la guerre, à l'occasion de la loi du 7 avril 1915, autorisant le gouvernement à rapporter les décrets de naturalisation obtenus par d'anciens sujets de puissance en guerre avec la France. La situation de naturalisé français est incontestablement une situation légale ou de droit objectif. Elle n'a pas certainement pour cause créatrice l'acte de naturalisation. Celui-ci n'est que la condition d'application à une personne déterminée du droit objectif réglant le statut de naturalisé français. Par conséquent, la loi nouvelle qui modifie le statut de naturalisé s'applique à tous ceux qui ont été naturalisés antérieurement, sans qu'on puisse dire qu'elle ait pour cela un effet rétroactif. Avant la loi de 1915, l'état de naturalisé français ne pouvait être ni modifié ni retiré par un

décret. Pour des raisons de sécurité nationale, la loi de 1915 décide que la situation de naturalisé peut être retirée dans certaines conditions par le gouvernement. Ce faisant, la loi n'édicte point une disposition rétroactive ; elle modifie simplement, ce qu'elle peut toujours faire, la situation légale de naturalisé.

Mais cette même loi du 7 avril 1915 contenait une disposition qui avait elle, au contraire, évidemment le caractère rétroactif. Aux termes de l'article 1er, § 2, le décret portant retrait de nationalité française fixe le point de départ de ses effets, sans toutefois pouvoir le faire remonter au delà de la déclaration de guerre. Et aux termes de l'article 2, § 5, le retrait de naturalisation prononcé dans l'hypothèse prévue par cet article produit de plein droit ses effets à dater de la déclaration de guerre. Il y a là incontestablement une disposition rétroactive, puisque la loi modifie une situation légale pour une époque où elle n'était pas encore promulguée. Évidemment il y avait des raisons d'intérêt national à édicter pareille mesure ; mais cela ne fait pas qu'il n'y ait là une atteinte au principe de la non-rétroactivité.

Cf. l'exposé des motifs du projet de loi, 22 décembre 1914, *J. off.*, Chambre, 1914, *Doc. parl.*, p. 2175 ; le rapport de M. Maurice Bernard, 19 janvier 1915, *ibid.*, 1915, p. 42 ; le très intéressant article de Jèze qui montre très nettement l'impossibilité de justifier juridiquement l'effet rétroactif donné au retrait des naturalisations, *Revue du droit public*, 1916, p. 16 et s.

La loi qui modifie les conditions de la jouissance et de l'exercice de l'électorat et de l'éligibilité s'applique, sans qu'il y ait là un effet rétroactif, aux individus ayant, dès avant la promulgation de la loi, la jouissance et l'exercice de l'électorat et de l'éligibilité. Il y a là encore une situation légale qui peut être modifiée à chaque instant en plus ou en moins par une loi nouvelle.

La cour de cassation (Chambre des requêtes) a fait une application très juste de cette solution. Elle a décidé que depuis la loi du 29 juillet 1913, qui ne permet l'inscription sur la liste électorale d'une commune que des citoyens qui, n'y étant point domiciliés ou résidants, y auront été inscrits depuis cinq ans au moins au rôle d'une des quatre contributions directes ou au rôle des prestations en nature, nul ne peut non seulement être inscrit, mais même être maintenu sur la liste électorale, son inscription antérieure eût-elle été faite régulièrement en vertu de la loi du 5 avril 1884, s'il ne réunit pas les conditions exigées par la loi de 1913 (*Le Temps,* 28 mars 1914).

Les lois qui modifient l'état et la capacité des personnes s'appliquent à toutes celles déjà nées et ayant un état et une capacité réglés par la loi antérieure, et cela toujours pour la même raison. L'état et la capacité constituent une situation légale que la loi peut à tout instant modifier ; peu importe qu'elle dérive directement de la loi ou qu'elle naisse pour une personne déterminée à la suite d'un acte qui la conditionne, comme par exemple le mariage, le contrat de mariage, la reconnaissance ou la légitimation d'un enfant naturel. C'est ainsi que Planiol commet une erreur quand il indique (t. I, n° 250), comme ayant un effet rétroactif, la loi du 13 juillet 1907 sur la capacité de la femme mariée, déclarée applicable même au contrat de mariage antérieur à sa promulgation. La capacité de la femme mariée ne dérive pas de son contrat de mariage, mais de la loi ; le contrat de mariage n'est que la condition de l'application de la loi sur la capacité de la femme.

De même si le législateur modifie la situation des enfants naturels reconnus, la loi s'appliquera même à ceux dont la reconnaissance est antérieure à la loi nouvelle. Il en a été ainsi de la loi du 29 mars 1896 qui est venue modifier l'état des enfants naturels reconnus au point de vue de leurs droits héréditaires. Toute loi qui modifie le régime légal du mariage s'applique, sans qu'il y ait pour cela effet rétroactif, à tous les gens

mariés, même à ceux mariés antérieurement à la loi nouvelle. Il en a été ainsi de la loi du 18 avril 1886 rétablissant le divorce et aussi des lois postérieures. Il en serait ainsi de toutes les lois sur le mariage, par exemple d'une loi étendant les causes du divorce. Il faut bien comprendre que l'état des gens mariés est une situation légale, objective, qu'elle dérive de la loi et non du mariage-convention, qui n'est que la condition de l'application de la loi aux conjoints.

Pour la même raison, je ne puis comprendre les longues controverses qui se sont élevées sur le point de savoir si la loi du 16 novembre 1912 relative à la recherche de la paternité peut être invoquée en faveur des enfants nés avant sa promulgation. Cette loi est incontestablement relative à l'état des enfants nés hors mariage; elle le modifie; elle modifie simplement une situation légale; elle s'applique donc à tous les enfants, aussi bien à ceux nés avant sa promulgation qu'à ceux nés après.

La cour de cassation, par une série d'arrêts, a très justement décidé, sur les conclusions de M. le procureur général Sarrut, que la loi de 1912 s'applique même aux enfants nés avant sa promulgation. Mais elle motive mal sa décision. On lit, en effet, dans l'un des arrêts : « Attendu que la loi du 16 novembre 1912, n'ayant enlevé au père naturel qu'une simple expectative, doit être appliquée même aux enfants nés avant sa promulgation » ; et dans un autre : « Attendu que toute loi nouvelle s'applique en principe même aux situations établies..., quand elle n'a pas pour résultat de léser des droits acquis; attendu que le nouvel article 340 n'enlève au père qu'une simple expectative... » La cour de cassation, on le voit, motive sa décision sur la distinction indéfendable des droits acquis et des simples expectatives; j'ai montré au tome I, page 137 et suivantes, que cette distinction est sans raison d'être et sans valeur (Cass. civ., 3 arrêts, 20 février 1917, et 2 arrêts, 24 juillet 1917, S., 1917. 1. p. 73, avec les conclusions de M. le procureur général Sarrut et une note de Lyon-Caen; D., 1917. 1. p. 81, avec une note de Capitant). Les deux savants arrêtistes ne me paraissent pas avoir compris la distinction des

situations légales ou de droit objectif et des situations de droit subjectif et aperçu la vraie raison de décider. Avant les arrêts de la cour suprême, il y avait des divergences entre les cours et les tribunaux. Nancy, Rouen, Dijon avaient admis que la loi de 1912 s'appliquait aux enfants naturels nés avant sa promulgation. Au contraire, Montpellier, Amiens et Bordeaux avaient décidé que la loi ne s'appliquait qu'aux enfants nés après sa promulgation (S., *ibid.*; arrêt de Bordeaux, 9 février 1914, S., 1914. 2. p. 145, avec une note de Bonnecase qui, pas plus que Lyon-Caen et Capitant, n'aperçoit la vraie raison de décider).

Toujours pour la même raison, une loi nouvelle modifiant l'organisation de la tutelle s'applique, sans qu'elle ait pour cela un effet rétroactif, aux tutelles ouvertes avant sa promulgation. De même, une loi touchant la faillite et la liquidation judiciaire s'applique aux faillites et liquidations judiciaires ouvertes avant qu'elle soit promulguée. Il s'agit de lois sur l'état et la capacité, et la situation légale que constituent l'état et la capacité subit toutes les modifications édictées par la loi.

Cons. en ce sens, Pau, 2 janvier 1920, D., 1921. 2. p. 33, avec une note de Rouast; Cass., 23 décembre 1914, S., 1917. 1. p. 87; *Contra* Toulouse, 3 décembre 1917, D., 1921. 2. p. 33.

Il en est de même du régime de la propriété et des droits réels. La situation faite au propriétaire ne résulte pas de l'acte d'acquisition, mais est une situation générale et permanente, par conséquent, une situation légale dérivant directement de la loi; l'acte d'acquisition n'est que la condition d'application de la loi à telle personne déterminée. Si donc une loi nouvelle vient modifier le régime de la propriété, elle s'appliquera non seulement à ceux qui deviendront propriétaires après sa promulgation, mais encore à tous les propriétaires, même à ceux qui le sont devenus à la suite d'actes d'acquisition antérieurs à la loi. Elle n'aura pas pour cela un effet rétroactif : la propriété est une situation légale qui suit naturellement toutes les transformations de la loi.

C'est ainsi, par exemple, que les lois du 4 août 1789 et du 28 mars 1790, supprimant sans indemnité les droits féodaux ayant le caractère de servitude personnelle et déclarant rachetables tous les autres droits féodaux, s'appliquèrent, sans qu'il y eût aucun effet rétroactif, même à ceux qui étaient devenus régulièrement titulaires de ces droits sous l'empire de la législation ancienne et avant les lois nouvelles. Les lois qui interviendraient aujourd'hui pour modifier le régime de la propriété s'appliqueraient, sans qu'il y ait en cela un effet rétroactif, à tous les propriétaires, même à ceux qui le seraient devenus antérieurement à la disposition nouvelle.

De même, toutes les lois qui règlent la situation et la compétence des fonctionnaires et des tribunaux s'appliquent à tous les fonctionnaires et à tous les tribunaux, même à ceux qui ont été nommés ou constitués avant la promulgation de la loi. La situation du fonctionnaire est essentiellement une situation de droit objectif.

Le statut du fonctionnaire, son traitement, le régime de sa pension de retraite forment son état légal, qui est modifié par la loi nouvelle pour tous les fonctionnaires, même pour ceux nommés antérieurement à la nouvelle loi. L'acte de nomination n'est pas la cause productrice de cette situation ; elle n'est que la condition de l'application de la loi à un individu déterminé ; c'est cette loi qui est modifiée et non point les effets de la déclaration de volonté qui s'est produite sous l'empire de la loi ancienne ; la loi nouvelle n'est point par là rétroactive.

Pour la compétence, la chose est évidente. La loi qui modifie la compétence d'un fonctionnaire ou d'un tribunal s'applique à tous les fonctionnaires et à tous les tribunaux et s'applique même quand l'agent public

intervient à l'occasion d'actes qui se sont accomplis antérieurement à la loi nouvelle. La compétence de tel tribunal n'est point l'effet de l'acte juridique ou du fait à l'occasion duquel s'exerce cette compétence. La compétence des tribunaux est, au premier chef, une situation légale qui peut, à tout instant, être modifiée par la loi, sans que la loi ait pour cela un effet rétroactif.

La seule question qui puisse se poser est celle de savoir si, lorsqu'une loi modifie la compétence d'un tribunal, elle peut s'appliquer même aux affaires dont ce tribunal est régulièrement saisi, si elle entraîne, en un mot, dessaisissement des tribunaux régulièrement saisis.

La loi du 1er mars 1899, aujourd'hui abrogée par la loi du 4 mars 1909, décidait que lorsque la chambre criminelle était saisie d'un pourvoi en revision et qu'elle ordonnait une enquête, il serait statué par les chambres réunies de la cour de cassation. Cette loi avait pour but, reconnu par le gouvernement et par la majorité qui la votait, de dessaisir la chambre criminelle de la cour de cassation du pourvoi en revision de Dreyfus ; on craignait qu'elle l'admît. Cette loi s'appliqua en effet au pourvoi de Dreyfus, bien que la chambre criminelle en eût été régulièrement saisie avant sa promulgation ; elle fut dessaisie et ce furent les chambres réunies qui statuèrent et qui d'ailleurs admirent le pourvoi.

On a dit alors, et j'ai moi-même écrit, que cette loi de dessaisissement pouvait être une erreur politique et même une grave violation des principes de justice, mais que cependant, en s'appliquant à un procès dont la chambre criminelle était déjà saisie, elle ne produisait point un effet rétroactif. J'ai aujourd'hui beaucoup de peine à admettre une pareille solution. Je ne comprends pas d'ailleurs cette opposition faite parfois entre la règle de droit et les principes d'équité. Si l'on reconnaît

qu'en appliquant une loi nouvelle de compétence à des affaires qui ont été régulièrement portées devant un tribunal, et en dessaisissant ainsi le tribunal, on s'expose à violer les principes d'équité, ce n'est certainement pas la solution de droit. Et en effet, on peut dire qu'on ne doit point, à moins de lui attribuer un effet rétroactif, appliquer une loi de compétence aux affaires dont un tribunal est régulièrement saisi au moment de la promulgation de la loi, parce que, alors, en réalité, on modifie non pas une situation légale ou objective, mais véritablement une situation subjective née à la suite de l'acte de volonté, acte subjectif qui a régulièrement saisi le tribunal. Peu importe, au reste, la personne qui l'a saisi : à la suite de l'introduction d'instance, il naît une situation juridique subjective consistant dans l'obligation pour le tribunal de statuer sur l'affaire dont il est saisi ; la loi nouvelle ne peut modifier cette situation.

Jèze, dans une note sur un arrêt du conseil d'État du 15 novembre 1912 (*Revue du droit public*, 1913, p. 61 et s.), critique assez vivement la solution que je donne en disant qu'en droit la compétence est une situation de droit objectif qui peut toujours être modifiée par la loi nouvelle. Mon collègue et ami ne paraît pas avoir aperçu la distinction que je fais entre la compétence qui est assurément une situation de droit objectif et la situation de droit subjectif qui est faite à un tribunal quand il est saisi d'une instance ; et, par suite, il ne réfute pas la raison que je donne de la solution que j'adopte. Bien que l'arrêt précité du conseil d'État ne soit pas très net, la haute juridiction paraît bien admettre qu'une loi ne peut dessaisir un tribunal d'une instance régulièrement portée devant lui. Il s'agissait de l'article 3 de la loi du 13 avril 1908, donnant aux tribunaux civils la connaissance des actions appartenant aux créanciers des établissements ecclésiastiques supprimés et d'une action dont le conseil de préfecture avait été, avant la promulgation de cette loi, régulièrement saisi (*Recueil*, 1912, p. 1060).

La loi nouvelle ne peut incontestablement modifier une situation juridique subjective, née régulièrement antérieurement à sa promulgation. Cette situation ne

peut naître, je l'ai montré au tome I (spécialement p. 246 et s.), qu'à la suite d'un acte juridique subjectif. Il n'est pas exact de dire que l'effet de droit est une création de cet acte juridique ; il est encore une création de la loi. Mais l'étendue de cette situation est déterminée par un acte intellectuel de celui ou de ceux qui ont fait l'acte juridique. Et c'est pourquoi le législateur ne peut pas toucher à cette situation, ni la modifier, ni la supprimer.

S'il le faisait, il donnerait véritablement à sa loi un effet rétroactif, et une règle de droit supérieure le lui défend. Il n'y aurait pas de garantie pour les rapports de droit si le législateur pouvait modifier l'étendue de ces rapports telle qu'elle a été déterminée par les particuliers.

Mais la loi nouvelle, sans qu'elle produise pour cela un effet rétroactif, peut toujours modifier l'organisation des voies de droit établies par une loi antérieure pour permettre d'arriver à la réalisation de la situation. L'organisation des voies de droit tendant à réaliser une situation subjective est une pure création de la loi et, par conséquent, le législateur peut à tout instant les modifier. En réalité, en le faisant, il ne fait que modifier la compétence des agents publics chargés d'assurer la réalisation de la situation, ils ne touchent pas à la situation elle-même.

C'est en vertu de cette idée qu'une loi modifiant le délai de prescription s'applique aux prescriptions qui ont commencé de courir sous l'empire de la loi ancienne. S'il s'agit d'une prescription extinctive, elle n'atteint que l'action et point la situation et le législateur peut toujours modifier le régime de l'action. S'il s'agit d'une prescription acquisitive, elle est un élément du régime de la propriété. Et le législateur, on l'a montré plus haut, peut toujours modifier le régime de la propriété, qui est une situation légale.

C'est encore en vertu de la même idée que le législateur, sans violer une règle de droit supérieure, peut édicter des lois établissant des moratoires. De pareilles lois ne touchent aucunement la situation juridique qui reste absolument intacte. Elles atteignent seulement le régime juridique des voies de droit établi pour les garantir; elles suspendent l'ouverture de la voie de droit. En définitive, elles se bornent à régler la compétence des agents publics chargés de la mettre en œuvre. Cela doit être dit notamment des lois du 27 janvier et du 24 décembre 1910 et du 5 août 1914, ainsi que des nombreux décrets de moratoire portés par le gouvernement pendant la guerre en vertu des pouvoirs que lui donnait cette loi.

Cf. Rolland, *Des modifications des contrats en France par voie d'autorité*, *Revue du droit public*, 1910, p. 309; Jèze, *Le retrait des actes législatifs et réglementaires*, *Revue du droit public*, 1913, p. 226 et s.

Étudiant la portée d'application des lois qui viennent modifier le régime légal des voies de droit, Jèze a tort de parler du retrait d'actes législatifs. Il ne s'agit pas du tout de cela, mais tout simplement de l'étendue d'application dans le temps d'une loi nouvelle. J'ajoute que je ne puis admettre l'opposition continuelle que fait Jèze du point de vue politique et du point de vue juridique.

Des controverses se sont élevées aussi sur le caractère et l'étendue du principe de non-rétroactivité en ce qui concerne l'application des lois pénales. Encore ici, la solution aurait apparu très simple si l'on avait écarté la notion de prétendus droits acquis et si l'on avait déterminé le véritable contenu des lois pénales.

Au tome I (p. 147 et s.), j'ai montré que la loi pénale contient toujours en elle deux dispositions tout à fait différentes qui, au premier abord, paraissent se confondre, mais que l'analyse distingue. D'abord, dans toute loi pénale, il y a la norme pénale qui s'adresse aux particuliers, norme prohibitive qui lui défend de faire

telle ou telle chose. C'est ce premier élément de la loi pénale qui est le fondement de l'incrimination. En second lieu, la loi pénale contient une disposition constructive qui s'adresse uniquement aux agents publics et qui détermine la manière dont l'incrimination sera mise en jeu et la peine qui sera prononcée contre l'individu reconnu coupable. Cette distinction bien comprise, tout s'éclaire.

Puisque la norme pénale s'adresse aux particuliers et sert de fondement à l'incrimination, il est de toute évidence que personne ne peut être incriminé si au moment où a été commis le fait, aucune loi ne l'interdisait; telle est tout simplement la règle formulée à l'article 8 de la Déclaration des droits de 1789 et à l'article 4 du Code pénal. Qu'il y ait là une application du principe de non-rétroactivité ou du principe de légalité, la question n'offre pas beaucoup d'intérêt. Il y a une règle d'une logique absolue et d'une équité évidente, puisqu'il saute aux yeux qu'aucune incrimination n'est possible si la norme qui seule peut lui servir de fondement n'existe pas encore.

A la question de savoir si la règle formulée à l'article 8 de la Déclaration des droits et à l'article 4 du Code pénal a le caractère de règle constitutionnelle, je n'hésite pas à répondre affirmativement. Il y a là, comme d'ailleurs en ce qui concerne la non-rétroactivité proprement dite, un principe de droit supérieur qui s'impose non seulement au juge, mais au législateur; je l'ai montré au début même de ce paragraphe.

Quant à la disposition constructive de la loi pénale s'adressant aux agents publics déterminant la compétence, la procédure, la nature et le quantum de la peine, on doit appliquer évidemment celle qui est en vigueur au moment où l'agent public, officier de police udiciaire, juridiction, intervient, même si cette loi est

différente de celle qui était en vigueur au moment de l'infraction. Cette disposition constructive est, à vrai dire, une loi de compétence ; et on a montré précédemment que la loi de compétence applicable est toujours celle en vigueur au moment où l'agent intervient. Cela compris, toutes les questions qui se sont posées sont facilement résolues.

Les officiers de police judiciaire et les tribunaux compétents sont déterminés par la loi en vigueur au moment des poursuites et du jugement et non par celle en vigueur au moment où l'infraction a été commise. Cependant si un tribunal a été régulièrement saisi de l'affaire avant la promulgation de la loi nouvelle, on a vu plus haut pourquoi il ne pouvait pas en être dessaisi par une loi subséquente. Sauf cette réserve, toute la procédure est réglée par la loi en vigueur au moment de l'instruction et du jugement.

La peine qui doit être prononcée est déterminée par la loi en vigueur au moment où la condamnation intervient et non pas par celle en vigueur au moment de l'infraction. Cependant, par faveur pour l'accusé, il est fait une dérogation à cette règle quand la peine édictée par la loi en vigueur au moment de l'infraction est plus douce que celle de la loi en vigueur au moment de la condamnation ; le tribunal doit alors appliquer la peine la plus douce. Il n'y a point là une application du principe de la non-rétroactivité, mais une dérogation apportée en faveur de l'accusé au principe évident suivant lequel la compétence des agents publics est toujours déterminée par la loi en vigueur au moment où ils interviennent. L'exception, au reste, se justifie aisément ; mais comme toute exception, elle est de droit étroit et ne peut point être étendue. Sauf le cas indiqué, le principe reste entier et le tribunal doit toujours appliquer la peine édictée par la loi en vigueur au moment où il statue.

Si, au moment où le tribunal statue, le fait qui était puni au moment où il a été accompli ne l'est plus, la loi qui le punissait ayant été abrogée, il ne peut être prononcé aucune condamnation.

Quand la peine édictée par la loi nouvelle est plus douce que celle de la loi en vigueur au moment de l'infraction, c'est la peine nouvelle que le tribunal, d'un avis unanime, doit appliquer. Il doit en être de même lorsqu'il peut y avoir un doute sur le point de savoir quelle est celle des deux peines qui est la plus douce. La question peut se présenter lorsque les deux peines n'appartiennent pas à la même échelle de peines. Le tribunal doit alors appliquer la peine de la loi en vigueur au moment où il statue. Enfin quand la loi en vigueur au moment de l'infraction a été abrogée et remplacée par une loi qui édicte la même peine, la loi que doit viser le juge dans sa condamnation est, non point la loi de l'époque du délit, mais celle en vigueur au moment de la condamnation.

C'est ce qu'a décidé la cour de cassation dans un arrêt intéressant du 2 mars 1917, dont voici le sommaire : « Lorsque le fait qui est l'objet de la poursuite n'a pas cessé depuis l'époque où il a été commis d'être un délit frappé d'une pénalité qui n'a subi aucune modification, c'est à bon droit que le juge du fond prononce contre le prévenu, en vertu de la loi en vigueur lorsqu'il statue, la peine édictée tant par la loi antérieure que par la loi nouvelle » (S., 1920, 1, p. 137, avec une intéressante note de Roux).

La cour de cassation a encore reconnu que la loi de compétence applicable est non la loi en vigueur au moment où l'infraction a été commise, mais celle en vigueur au moment où la juridiction statue ; elle décide, en effet, que la compétence exceptionnelle attribuée par l'article 77 du Code de justice militaire au conseil de guerre pour juger les civils complices de militaires pour crimes commis en temps de guerre prend fin à la date de la cessation des hostilités, même pour les infractions commises avant cette date et qui n'avaient pas encore été jugées (7 mai 1920, D., 21, 1, p. 149).

La question de l'application de la loi dans le temps a donné naissance à une littérature très abondante. Outre les publications déjà citées, on peut consulter : Vareilles-Sommières, *Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois*, *Revue critique*, 1893, p. 444 et s.; Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, p. 97 et s.; Note dans S., 1910, I, p. 25; Guillois, *Recherches sur l'application dans le temps des lois et règlements*, thèse Paris, 1912; Revérand, *La non-rétroactivité des lois*, thèse Paris, 1916; Vallette, *Nouvelle interprétation de l'article 2 du Code civil*, thèse Lyon, 1909; J. Barthélemy, *De l'interprétation des lois par le législateur*, *Revue du droit public*, 1908, p. 481 et s.

§ 22. — *Les lois interprétatives.*

Il est incontestable que le législateur a le droit d'interpréter la loi qu'il a faite; et par pouvoir d'interprétation, il faut comprendre non seulement le droit qui appartient au législateur de remplacer un texte ambigu par un texte clair, mais encore, suivant la formule de J. Barthélemy, le droit d'assigner un sens déterminé à une loi obscure.

Un assez grand nombre de constitutions étrangères réservent expressément au parlement l'interprétation officielle des lois : constitution du Grand-Duché de Bade, article 64; constitution de la Bavière, titre VII, article 2; constitution de la Belgique, article 28. Aucune disposition analogue ne se trouve dans les lois constitutionnelles de 1875. Mais, cependant, la chose n'a jamais été contestée en France. Ce paraît être une règle de bon sens que celui qui édicte un texte de loi ait le pouvoir de dire la signification exacte de ce texte et, s'il est obscur, de lui substituer un texte clair. A l'article 12 du titre I de la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, on lit même : « Ils (les tribunaux) ne pourront faire de règlements ; mais ils s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle. » L'article 256

de la constitution de l'an III rend obligatoire le référé législatif lorsque, après une première cassation, le second jugement sur le fond est attaqué par les mêmes moyens que le premier. Ni la constitution de l'an VIII, ni les constitutions qui l'ont suivie ne contiennent de dispositions expresses sur le pouvoir suprême d'interprétation des lois. La loi du 8 septembre 1807 donne l'interprétation législative des lois au chef de l'État en conseil d'État. Cette disposition reste en vigueur jusqu'à la loi du 30 juillet 1828 qui décide que la cour d'appel à laquelle l'affaire est renvoyée après une seconde cassation statue définitivement et sans recours. Mais après la seconde cassation, il devait en être référé au roi qui, dans la session législative qui suivait le référé, était tenu de demander aux chambres une loi interprétative. La loi du 1er avril 1837 vint décider que la troisième cour d'appel, statuant après une deuxième cassation, doit conformer sa décision en droit à la doctrine de la cour de cassation ; mais l'arrêt de celle-ci ne liera dans les espèces suivantes ni la cour suprême ni les tribunaux inférieurs. Ainsi, la loi de 1837 n'impose plus au gouvernement l'obligation de demander une interprétation législative ; mais il est hors de doute, bien qu'on ait quelquefois soutenu le contraire, que le gouvernement peut toujours provoquer une loi interprétative et que le parlement, sur l'initiative d'un de ses membres, peut voter une loi interprétative d'une loi antérieure.

Depuis 1837, les exemples en sont assez rares ; on peut cependant citer la loi du 21 juin 1843, article 1er, qui décide que les actes notariés passés depuis la loi du 25 ventôse an XI ne peuvent être annulés par les motifs que le notaire en second ou les deux témoins instrumentaires n'auront pas été présents à la réception des dits actes.

La question des lois interprétatives s'est posée avec

une singulière acuité à propos de la loi du 13 avril 1908, qui est la première loi qui qualifie expressément d'interprétative une disposition législative. Cette loi modifie divers articles de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Églises et de l'État. L'article 9 de cette loi décidait qu'à défaut d'association cultuelle, les biens des établissements ecclésiastiques supprimés seraient dévolus à des établissements de bienfaisance ; mais il réservait aux auteurs des libéralités et à leurs héritiers en ligne directe une action en reprise ou revendication qui devait être intentée dans le délai de six mois du jour de l'insertion du décret de dévolution au *Journal officiel*. L'application de ce texte souleva une question : ce texte visait-il aussi l'action du droit commun en révocation de donations et de legs pour inexécution des charges, action ouverte par les articles 953 et 954 du Code civil? Ou donnait-il seulement une action spéciale aux auteurs des libéralités même faites sans charges et à leurs héritiers en ligne directe pour reprendre les biens donnés? Dans la première interprétation, même les actions en révocation pour inexécution des charges ne pouvaient être formées que par l'auteur de la libéralité et ses héritiers en ligne directe et dans un délai de six mois ; dans la seconde interprétation, cette disposition restrictive ne s'appliquait qu'à l'action en revendication, et l'action de droit commun en révocation pour inexécution des charges restait soumise au droit commun, ouverte aux collatéraux et recevable pendant trente ans. Beaucoup d'actions en révocation pour inexécution des charges furent intentées dans ces conditions par des collatéraux des donateurs, et un assez grand nombre de tribunaux (70 à la fin de décembre 1907) admirent l'action des collatéraux pour inexécution des charges. Dans ces conditions, le garde des sceaux, outrepassant certainement ses pouvoirs et entre-

prenant sur l'indépendance des juges, invita, par une circulaire du 16 juillet 1907, les tribunaux saisis de pareilles actions à surseoir à statuer jusqu'à ce que le législateur ait donné de l'article 9 de la loi de 1905 une interprétation authentique. Quelques tribunaux déférèrent à cette invitation; quelques-uns, plus indépendants, n'en tinrent pas compte. Bref, fut votée la loi du 13 avril 1908, dont l'article 3 porte : « Toute action en reprise, qu'elle soit qualifiée en revendication, en révocation ou en résolution, doit être introduite dans le délai ci-après (six mois). Elle ne peut être exercée que... par les auteurs et leurs héritiers en ligne directe... Outre les dispositions *interprétatives* ci-dessus... » Ainsi le législateur, déclarant interpréter l'article 9 de la loi du 9 décembre 1905, décidait que ce texte visait aussi bien les actions en révocation pour inexécution des charges que les actions en revendication et que les unes et les autres ne pourraient être formées que dans le délai de six mois et seulement par l'auteur de la libéralité et ses héritiers en ligne directe. En procédant ainsi, le législateur se conformait à la tradition rapportée précédemment et d'après laquelle on a toujours reconnu compétence au législateur pour interpréter un texte de loi.

L'article 65 de la loi de finances du 8 avril 1910, complété par l'article 128 de la loi de finances du 13 juillet 1911, qui déclare applicable l'article 65 aux cas prévus par l'article 5 de la loi du 8 janvier 1905, nous offre un autre exemple de dispositions légales interprétatives. L'article 1er de la loi du 8 janvier 1905 établissait, au profit des communes possédant un abattoir public, une taxe d'abatage. Des difficultés s'étant élevées sur la portée de ce texte, l'article 65 de la loi de finances du 8 avril 1910 décide : « L'article 1er de la loi du 8 janvier 1905 est complété par le paragraphe

ci-après : ces dispositions n'ont pour objet que de fixer le taux maximum de la taxe sans qu'aucun mode d'assiette ou de perception, ni aucune affectation spéciale soient imposés aux communes. » Le caractère interprétatif de cette disposition n'est pas douteux, et il a pour but de faire cesser les procès faits à certaines villes et fondés sur l'illégalité du mode de perception de la taxe. Ce n'est pas tout. L'article 247, §§ 3 et 4, de la loi du 18 avril 1816 portait que devait être formée dans les six mois la demande en restitution fondée « sur ce qu'il aurait été exigé ou perçu quelques sommes au delà du tarif ou d'après les seules dispositions d'instructions ministérielles ». Mais, d'après une jurisprudence très ferme de la cour de cassation, cette disposition de l'article 247 de la loi de 1816 n'était applicable qu'au cas où des tarifs établis par une autorité compétente auraient été étendus, modifiés ou forcés, et non au cas où des droits auraient été perçus sur des tarifs incompétemment et illégalement établis ; en pareil cas, on devait appliquer la prescription trentenaire, notamment au cas de répétition de taxes municipales, par exemple de taxes d'abatage perçues en dehors d'un tarif légal. Du fait de cette jurisprudence, plusieurs villes se trouvaient engagées dans de gros procès en restitution. Pour les faire tomber, le législateur décide dans l'article 65, § 3, de la loi de finances du 8 avril 1910 : « Les paragraphes 3 et 4 de l'article 247 de la loi du 8 avril 1816 sont remplacés par les dispositions *interprétatives* ci-après : Les contribuables de qui il aurait été exigé ou perçu quelques sommes, soit au delà du tarif légal, soit *en vertu de tarifs illégaux*, pourront en réclamer la restitution. Leur demande devra être formée dans les six mois... » Ainsi les tribunaux qui avaient été régulièrement saisis de demandes en restitution fondées sur la perception de

taxes faites en vertu de tarifs illégaux se sont trouvés, par l'effet de cette disposition interprétative, dessaisis de toutes les demandes formées plus de six mois après la perception.

Un autre exemple de loi interprétative est la loi du 2 juin 1917 dont l'article unique porte : « Pour l'application de l'article 5 de la loi du 1er juillet 1916 (loi sur les bénéfices de guerre), le principal de la patente susceptible de servir de base à l'évaluation forfaitaire du bénéfice normal doit s'entendre de la moyenne des principaux de la patente se rapportant aux trois dernières années antérieures à 1914. »

Je cite enfin comme disposition de loi interprétative l'article 2 de la loi sur les loyers du 31 mars 1922, sur laquelle je vais revenir un peu plus loin.

Il est de toute évidence qu'une loi interprétative, par définition même, n'est pas une loi nouvelle. Par conséquent, en réalité, la question de l'effet rétroactif d'une pareille loi ne se pose pas. Les actes faits même antérieurement à la loi interprétative restent régis par la loi ancienne, avec le sens que lui donne la loi nouvelle. Ce n'est pas une loi nouvelle qui s'applique à des actes antérieurs à sa promulgation ; c'est la loi ancienne, déjà promulguée au moment où ces actes ont été faits et avec le sens que lui attribue la loi interprétative.

Mais il est aussi évident qu'il ne faut pas que le législateur, sous couleur de faire une loi interprétative, édicte une disposition nouvelle. S'il le faisait, le caractère interprétatif qu'il donnerait à la loi équivaudrait à une disposition par laquelle il attribuerait expressément le caractère rétroactif à une loi. On a vu précédemment que le législateur, qui, sous une forme quelconque, donne effet rétroactif à une loi, édicte une disposition contraire au droit, et par conséquent une disposition à laquelle, au moins théoriquement, on ne doit pas l'obéissance,

une disposition qui rend légitime la résistance au moins passive et qu'un tribunal ne doit pas appliquer.

Aussi bien la véritable question qui se pose pour les lois interprétatives n'est-elle pas là. Elle apparaît seulement quand on suppose qu'une action, dont la recevabilité pouvait être discutée d'après la loi non encore interprétée, et dont la recevabilité est supprimée expressément par le texte interprétatif, a été déjà portée régulièrement devant un tribunal au moment où est promulguée la loi interprétative. Assurément, si, au moment de la promulgation de la loi interprétative, aucun tribunal n'est encore saisi de l'action, le tribunal qui en est saisi postérieurement doit la déclarer non recevable. Mais quand, au contraire, un tribunal a été saisi régulièrement de l'action avant la loi interprétative, s'il est obligé forcément de la déclarer non recevable, la loi interprétative est en somme une loi de dessaisissement. Or, j'ai montré au paragraphe précédent que l'on doit soutenir par de fortes raisons que toute loi qui aboutit à dessaisir un tribunal régulièrement saisi est, en réalité, une loi rétroactive et, comme telle, contraire au droit. Il convient, au reste, de noter que, ni dans la loi du 21 juin 1843, ni dans la loi du 13 avril 1908, ni dans l'article 65 de la loi de finances du 8 avril 1910, les exemples types de loi interprétative, on ne trouve de disposition expresse obligeant les tribunaux régulièrement saisis au moment de la promulgation de la loi à déclarer l'action non recevable et à s'en dessaisir.

En ce qui concerne spécialement la loi du 13 avril 1908, il est certain que, d'après cette loi, l'action formée à la suite de la dévolution de biens ecclésiastiques, qu'elle soit qualifiée action en revendication ou en révocation pour inexécution des charges, ne peut être intentée que dans les six mois de la publication à *l'Offi-*

ciel de la liste des biens sujets à dévolution, et que par l'auteur de la libéralité ou ses héritiers en ligne directe. Mais, malgré le texte de la loi qui déclare sa disposition interprétative, la question pouvait parfaitement se poser de savoir si les tribunaux qui avaient été régulièrement saisis, par les collatéraux du disposant, d'une action dont la recevabilité était douteuse et qui pouvaient statuer sur cette recevabilité, étaient obligés en vertu de la loi nouvelle de se dessaisir. C'était incontestablement le but de la loi qui voulait enlever d'un seul coup aux tribunaux de France les six mille procès dont ils étaient saisis. Mais cela n'était pas dit expressément dans la loi et, à mon avis, ce n'était point une conséquence nécessaire du caractère interprétatif de la loi de 1908. Un tribunal qui, malgré cette loi, aurait statué sur une action en révocation pour inexécution des charges dont il aurait été saisi par des parents collatéraux avant le 13 avril 1908, n'aurait point violé la loi.

Il convient de dire toutefois que la cour suprême a donné la solution contraire; mais c'est à tort selon moi. Elle n'invoque pas d'autre argument que celui tiré du caractère interprétatif de la loi. Je crois avoir montré que le caractère interprétatif de la loi n'implique pas cette conséquence. Au reste, voici un passage de l'arrêt : « Attendu que ces divers textes de la loi nouvelle, dont le caractère interprétatif est certain, font corps avec la loi antérieure et rétroagissent au jour de la promulgation de celle-ci, et qu'ils ont pour conséquence d'éteindre les actions introduites avant la publication de la loi du 13 avril 1908, lorsqu'elles sont intentées contrairement à ses prescriptions. »

Cass., 3 novembre 1909, *Revue générale d'administration*, mai 1910, p. 45.

L'article 2 précité de la loi du 31 mars 1922 sur les loyers est allé encore plus loin et contient une dispo-

sition que je ne crains pas de qualifier de monstruosité juridique. Il est ainsi conçu : « Pour les locaux à usage commercial, industriel ou professionnel, les articles 56 et 58 de la loi du 9 mars 1918, ainsi que l'article 1er, § 3, de la présente loi, sont applicables aux cessionnaires ou sous-locataires, quelle que soit la date de la cession ou de la sous-location. Cette disposition ayant un caractère interprétatif, les cessionnaires ou sous-locataires seront recevables à réclamer la prorogation, nonobstant toute décision contraire, même passée en force de chose jugée, à l'exception seulement des décisions qui auraient été exécutées. »

Ainsi, sous prétexte qu'en décidant que les cessionnaires ou sous-locataires d'un local à usage commercial, industriel ou professionnel peuvent demander la prorogation, il ne fait qu'interpréter une loi antérieure, le législateur décide que les décisions de justice ayant acquis autorité de chose jugée, qui ont refusé cette prorogation sous l'application de la loi antérieure, deviennent caduques et que le locataire, nonobstant ces décisions, peut demander la prorogation. Je croyais jusqu'à présent que s'il était un principe universellement admis comme essentiel à l'ordre social, c'était le respect de l'autorité de la chose jugée, s'imposant à tous, gouvernants et gouvernés, au législateur lui-même. L'État a institué des facultés de droit pour l'enseigner. Mais les chambres de 1922 ont changé tout cela et décident expressément que les décisions de justice seront anéanties alors qu'elles ont acquis l'autorité de la chose jugée. Une seule réserve est faite : la décision est maintenue si elle a été exécutée. Réserve que je ne comprends pas, car ce n'est pas l'exécution qui donne sa force au jugement, et je ne vois pas pourquoi on s'est arrêté en chemin. Si le législateur supprimait les décisions de justice ayant acquis autorité de chose

jugée, il n'y avait point à distinguer si elles étaient ou non exécutées. Je ne connais pas dans nos lois une autre disposition qui viole aussi complètement un principe supérieur du droit admis unanimement par les peuples civilisés.

Sur tous ces points, cf. le remarquable article de J. Barthélemy, *De l'interprétation des lois par le législateur, Revue du droit public,* 1908, p. 456 et s.; Rolland, *Droit du législateur d'interpréter ou de compléter les dispositions d'un acte de concession de travaux publics, Revue du droit public,* 1919, p. 116 et s.; Jèze, *Du retrait des actes juridiques, Revue du droit public,* 1913, p. 262.

Dans cet article, Jèze dit qu'est juridiquement correcte une loi qui valide pour l'avenir des actes atteints de nullité, comme la loi précitée de 1843 sur les actes notariés, car, dit-il, « toute action en nullité est un régime légal ». Je crois, en effet, que, sans être rétroactive, une loi peut modifier les règles appliquées à des actions en nullité ou en reprise recevables contre des actes faits antérieurement et sous l'application de la loi ancienne. La loi nouvelle ne touche pas alors à l'acte, mais seulement au régime des voies de droit qui s'y appliquent; on a vu précédemment que le régime des voies de droit est un régime légal qui peut toujours être modifié par une loi nouvelle. Mais contrairement à Jèze, j'estime, pour les raisons exposées précédemment, que si un tribunal a été régulièrement saisi sous l'empire de la loi ancienne d'une action en nullité, il ne peut jamais en être dessaisi par la loi nouvelle pas plus que d'une action en reprise.

§ 23. — *La fonction administrative et l'acte administratif.*

Il faut déterminer le caractère de la fonction administrative, comme je l'ai fait pour la fonction législative, au point de vue purement *matériel,* c'est-à-dire au point de vue de la nature juridique interne de l'acte administratif, sans considérer le caractère de l'organe ou de l'agent qui le fait.

Au point de vue *formel,* la fonction administrative comprend tous les actes qui émanent d'organes ou d'agents auxquels la loi du pays considéré attribue le

caractère administratif. Assurément cette conception formelle est commode, parce qu'elle dispense dans la pratique de faire une analyse juridique qui souvent est délicate. Mais cette conception, par cela même qu'elle est formelle, est artificielle ; elle n'est pas adéquate à la réalité des faits. On a déjà dit que souvent des organes ou des agents, ayant certainement le caractère administratif, faisaient des actes certainement juridictionnels ou législatifs. Cf. § 20. A l'inverse, des organes qui n'ont pas le caractère administratif font parfois des actes qui sont intrinsèquement des actes administratifs, par exemple le parlement et les tribunaux judiciaires. Une théorie qui ne déterminerait pas le caractère de l'acte indépendamment du caractère attribué à l'organe ou à l'agent qui l'a fait serait incontestablement incomplète et artificielle.

Cependant, il faut observer que le point de vue formel n'est pas sans intérêt pratique. La question de la recevabilité des recours contre un acte ne peut souvent être résolue que par la détermination du caractère appartenant à l'organe ou à l'agent qui l'a fait. Parfois tel acte, qui est certainement administratif, est insusceptible de recours parce qu'il émane d'un organe, le parlement par exemple, contre les décisions duquel les lois du pays considéré n'admettent pas de recours. A l'inverse, certains actes, qui ne sont pas administratifs de leur nature, sont cependant susceptibles d'un recours administratif, parce qu'ils émanent d'un organe administratif. Ces questions de recours ne se rattachent point à la théorie des fonctions, mais à celle des organes ; elles seront étudiées en détail au tome III.

On doit comprendre sous le nom d'actes administratifs formant l'objet de la fonction administrative tous les actes juridiques autres que les actes-règles qui, comme on l'a montré au paragraphe précédent, for-

ment l'objet de la fonction législative. Je l'ai dit en effet à plusieurs reprises, les fonctions juridiques de l'État se déterminent d'après la modification qui se produit dans l'ordonnancement juridique consécutivement à l'acte. Par là seulement, on peut donner le véritable critère des diverses fonctions juridiques exercées par l'État. Par là j'ai pu déterminer d'une manière précise le caractère de la fonction législative ; par là aussi, je déterminerai d'une manière non moins précise le domaine de la fonction administrative.

On a montré au tome I, pages 219 et suivantes, qu'il y avait et qu'il y avait seulement trois catégories d'actes juridiques : les actes-règles, les actes-conditions et les actes subjectifs. Les premiers forment le contenu de la fonction législative. Les actes-conditions et les actes subjectifs forment celui de la fonction administrative, dont, dès à présent, le caractère apparaît nettement. C'est la fonction par laquelle les organes, les agents publics font des actes-conditions et des actes subjectifs.

Sans doute, on pourrait prétendre que s'il y a trois catégories d'actes juridiques et si les fonctions de l'État doivent être déterminées par le caractère interne des actes juridiques qui en forment le contenu, il devrait y avoir, non pas deux fonctions de l'État, mais trois, chacune d'elles correspondant à une des trois catégories d'actes juridiques. Il semble, en effet, que ce serait plus logique. Mais cependant, on peut, pour de très bonnes raisons, maintenir la division généralement admise. D'abord, je l'ai montré au tome I, pages 219 et suivantes, on peut opposer les actes-règles d'une part aux actes-conditions et aux actes subjectifs d'autre part ; en effet, les actes-règles sont des actes purement et exclusivement d'ordre objectif. Les actes-conditions sont des actes objectifs assurément puisque, à leur

suite, naît une situation légale, une situation de droit objectif. Mais ils ont en même temps quelque chose de nettement subjectif ou plutôt de nettement individuel, puisqu'ils conditionnent la naissance d'une situation légale concernant une ou plusieurs personnes individuellement déterminées. Si l'on prend comme exemple type d'acte-condition la nomination de fonctionnaires, il est évident qu'elle est un acte objectif puisque, à sa suite, apparaît la situation légale de fonctionnaire. Mais elle est aussi un acte de caractère individuel, puisqu'elle conditionne la naissance de cette situation légale pour le fonctionnaire nommé et naturellement individuellement désigné. Par là les actes-conditions se rapprochent des actes subjectifs et il n'y a point d'objection logique à les considérer comme formant avec eux le contenu de la seconde fonction juridique de l'État, la fonction administrative, et à définir les actes administratifs, tous les actes-conditions et tous les actes subjectifs faits par un organe ou un agent publics.

Il est bien entendu que l'acte administratif ainsi défini garde son caractère intrinsèque quel que soit l'organe ou l'agent qui le fasse. Il aura un caractère formel différent suivant l'organe ou l'agent dont il émane. Au point de vue matériel, il reste ce qu'il est quel que soit son auteur. De même que les organes et les agents administratifs font souvent des actes-règles dits règlements et exercent alors véritablement la fonction législative, de même l'organe dit législatif, le parlement, fait parfois des actes qui ont, au point de vue matériel, le caractère d'actes administratifs, actes-conditions ou actes subjectifs. De ce que l'acte est fait par le parlement, il ne change pas de caractère : il reste administratif. Il peut se faire que, dans certains pays, en France par exemple, un acte administratif émané du parlement soit insusceptible de recours ; mais

cela ne tient pas à ce qu'il change de nature, mais uniquement au caractère de l'organe dont il émane. On verra aussi plus loin que les fonctionnaires de l'ordre judiciaire font beaucoup d'actes de nature administrative, exerçant ainsi une véritable fonction administrative, de même qu'à l'inverse, les fonctionnaires de l'ordre administratif font beaucoup d'actes juridictionnels. Les actes administratifs faits par l'autorité judiciaire ne sont pas susceptibles des mêmes voies de recours que ceux de l'autorité administrative. Mais pas plus ici que précédemment, cette différence dans la recevabilité des recours ne provient d'une différence dans la nature intrinsèque des actes, mais bien d'une différence dans le caractère des organes qui les font.

Actes-conditions, actes subjectifs forment donc le contenu matériel de la fonction administrative quels que soient les organes ou les agents desquels ils émanent. J'ai dit plus haut qu'il n'est pas illogique de les placer dans une même catégorie formant le contenu d'une même fonction. Cependant, il n'est pas inutile de marquer dès à présent qu'il y aura souvent lieu de les distinguer, tout particulièrement en ce qui concerne la nature des recours auxquels ils peuvent donner ouverture. Mais cela viendra mieux lorsque j'étudierai la fonction juridictionnelle et la distinction, selon moi, capitale de la juridiction objective et de la juridiction subjective. Cf. §§ 28-31.

Je n'ai parlé jusqu'à présent que des actes administratifs au caractère juridique, c'est-à-dire des actes faits par l'agent public avec l'intention qu'à leur suite se produise un effet de droit. Mais on est d'accord pour donner aussi le nom d'acte administratif à toutes les opérations d'ordre matériel qui sont faites pour assurer le fonctionnement des services publics, et ces actes rentrent dans le contenu de la fonction administrative con-

sidérée au point de vue juridique. J'ai montré, au début de ce chapitre, qu'il n'y avait à cela rien d'illogique parce que l'État est tenu, par une règle de droit supérieure à lui, d'assurer le fonctionnement des services publics.

Les actes d'ordre matériel que font les agents publics pour assurer le fonctionnement des services publics sont innombrables. Il suffit de rappeler à titre d'exemple les opérations militaires, maritimes, l'enseignement, les travaux publics, les opérations de transport, les actes matériels d'exécution sur la personne ou sur les biens, les opérations matérielles de police.

Je ne fais aucune difficulté de reconnaître, bien au contraire, que ces actes n'échappent pas à la prise du droit administratif, se rattachent à la fonction administrative; mais cela n'infirme aucunement la définition donnée de la fonction administrative. Cette définition n'a point pour conséquence de soustraire ces opérations matérielles à la prise du droit administratif. En effet, la plupart du temps, ces opérations matérielles se rattachent à un acte administratif proprement dit faisant naître une situation juridique. Très souvent, elles sont la préparation d'un acte administratif; elles constituent les conditions de forme exigées pour la validité de cet acte (par exemple, un établissement de plans, de devis, de cahiers des charges pour un marché de travaux publics, enquête, mise en demeure, etc.). La validité de l'acte administratif étant subordonnée à la régularité de ces opérations, elles tombent naturellement sous la prise du droit administratif. Très souvent aussi, les opérations matérielles sont l'exécution d'un acte juridique administratif; elles rentrent alors directement dans le droit administratif puisqu'elles se relient intimement à un acte juridique administratif.

Enfin, il peut exister certaines opérations matérielles

accomplies pour le compte de l'État, qui ne se rattachent à aucun acte juridique administratif comme préparation ou comme exécution, ou qui se rattachent à un acte juridique administratif qui ne peut avoir aucun effet à l'égard du particulier considéré. Ces actes ne sont point eux non plus indifférents au droit, parce qu'ils peuvent être la cause d'une responsabilité, soit de l'État, soit de ses agents envers les particuliers. Le fondement et l'étendue de cette responsabilité seront étudiés plus tard au cours de cet ouvrage.

Quand (ce qui arrive souvent) les opérations matérielles sont des actes d'exécution, sur la personne ou sur les biens, d'un acte administratif ou d'un acte juridictionnel, elles ne peuvent être faites que par les fonctionnaires compétents et suivant certaines formes rigoureusement déterminées par la loi ; alors se pose véritablement une question de compétence et de forme. Mais la sanction de la loi de compétence ou de forme ne pourra être ici l'annulation. On n'annule pas une opération matérielle. La sanction sera la responsabilité soit de l'administration, soit de l'agent, suivant qu'il y a eu ou non faute personnelle de l'agent. Il pourra y avoir voie de fait si l'agent est sorti du domaine administratif. L'opération matérielle perd alors complètement le caractère administratif ; le jugement de la responsabilité échappe à la connaissance des tribunaux administratifs. Il en sera ainsi, à mon avis, toutes les fois qu'un agent administratif procédera, en dehors des cas où la loi lui donne expressément compétence à cet effet, à des voies d'exécution sur la personne ou sur les biens.

Cf. Laferrière, *Juridiction et contentieux,* 2e édit., 1896, I, p. 479. V. cependant trib. des conflits, 9 décembre 1902, S., 1904, III, p. 17, avec les conclusions de M. Romieu qui admet dans certains cas les voies d'exécution administratives sur les biens ; rapp., *ibid.*, la note d'Hauriou et les critiques très justes adressées par Berthélemy à la doctrine de M. Romieu, *Revue du droit public,*

1904, p. 219. V. aussi cons. d'État, 12 mars 1909 (*Huillon*), *Recueil*, p. 275, avec les conclusions de M. Chardenet. Cf. Hauriou, *Droit administratif*, 7e édit., 1911, p. 66.

§ 24. — *De quelques doctrines relatives à la nature de la fonction administrative.*

Beaucoup d'auteurs enseignent que la fonction administrative ne se réduit point à l'accomplissement par l'État des actes que je viens de déterminer. Ils estiment qu'il faut donner une définition beaucoup plus large de la fonction administrative, une définition fondée sur la détermination du but que poursuit l'État en administrant.

Toutes les doctrines auxquelles je fais allusion sont, en effet, fondées sur l'idée de but. A mon avis, c'est leur défaut commun. Le critérium du but ne peut intervenir lorsqu'il s'agit de déterminer les fonctions juridiques de l'État. En effet, on l'a déjà dit, l'État ne poursuit en réalité qu'un seul but, un but complexe sans doute, mais un but unique que je définis en disant que l'État est obligé par le droit de poursuivre le développement de la culture du peuple par le droit et conformément au droit ou, ce qui est la même chose, d'assurer la réalisation et le développement de la solidarité sociale. Mais ce but unique, il le poursuit et l'atteint par des moyens différents ou du moins par des actes qui ont des conséquences différentes dans le monde du droit; ce sont ces conséquences qu'il faut déterminer. Que l'État exerce la fonction législative, la fonction administrative ou la fonction juridictionnelle, il poursuit toujours le même but; mais ces actes ont un caractère interne différent qu'on doit définir; on ne le peut pas à l'aide de la notion de but, puisque, quel que soit l'acte fait, le but est toujours le même. C'est pour

cela que les doctrines dont je parle restent dans le vague et l'indétermination.

Je ne rappelle que pour mémoire les doctrines françaises comme celle de Berthélemy dans ses diverses éditions (p. 1) et de Ducrocq (7e édit., 1897, I, p. 28), qui enseignent que l'administration est une branche du pouvoir exécutif, la fonction administrative ayant pour fin l'exécution de la loi. Il faudrait déterminer ce que c'est que le pouvoir exécutif. En parlant de pouvoir exécutif, on n'entend certainement pas aujourd'hui un élément de la souveraineté, comme l'entendaient les auteurs des constitutions révolutionnaires. On désigne probablement par cette expression un certain organe de l'État, chargé plus spécialement d'exercer la fonction exécutive. Mais en rattachant l'administration au pouvoir exécutif ainsi entendu, on fait intervenir le point de vue formel; on donne une définition formelle et il faut une définition matérielle. D'autre part, la plupart des actes administratifs ne sont point vraiment l'exécution de la loi. Lorsqu'un ministre passe un contrat au nom de l'État, par exemple, je ne vois pas la loi qu'il exécute; il agit dans les limites de la compétence que la loi lui a donnée; mais il n'exécute pas plus la loi qu'un particulier qui passe un contrat dans les limites de la capacité que la loi lui reconnaît. Lorsqu'un préfet ou un maire prennent une décision de police dans la limite de leur pouvoir de police, ils n'exécutent pas davantage la loi; ils exercent seulement des pouvoirs qui leur appartiennent en vertu de la loi, qu'ils sont libres d'exercer ou non suivant l'appréciation des circonstances.

Hauriou, voulant définir la fonction administrative, écrit : « La fonction administrative se caractérise par son but. L'État n'est pas seulement un organisme qui se caractérise par sa puissance; il est aussi un certain

milieu de vie, un certain régime imposé au milieu social. Cette distinction va nous servir à définir la fonction administrative. Le but de celle-ci est le régime d'État, son amélioration, son aménagement; et on peut dire qu'elle est l'activité de l'État en tant qu'il organise et aménage lui-même le milieu social » (*Droit administratif*, 5e édit., 1903, p. 12 et p. 182, note 1). Dans la sixième édition, 1907, Hauriou donne une définition analogue, mais plus synthétique : « La fonction administrative est l'activité de l'organisme gouvernemental et exécutif de l'État en tant qu'elle s'emploie à créer et poursuivre l'institution de l'État » (p. 53). Cette définition est ainsi fondée essentiellement sur l'idée de but. Avec cette conception de la fonction administrative, l'acte administratif peut être individuel ou général; la réglementation, soit des services publics, soit de la police, rentre essentiellement dans la fonction administrative. Hauriou écrit même (p. 54) : « L'essentiel de la fonction administrative est la *police*, parce que la conception rationnelle d'un milieu est une ambiance qui laisse se produire les initiatives d'êtres qui vivent en elle tout en créant un certain ordre de choses qui sont des assurances. » Tout cela me paraît un peu vague. Ces formules ont, de plus, le tort de mélanger l'élément formel et l'élément matériel. Dans la septième édition, 1911, page 9, Hauriou écrit : « La fonction administrative a pour objet... de pourvoir par des actes et par des procédures, à la fois juridiques et techniques, à la satisfaction des besoins publics et à la gestion des services publics. » La formule est plus claire que les précédentes; mais c'est une définition téléologique et il faudrait une définition juridique.

A la page 39 de la neuvième édition (1919) et à la page 21 de la dixième édition (1921) de son *Précis de droit administratif*, Hauriou définit la fonction administrative

celle « qui a pour objet de gérer les affaires courantes du public en ce qui concerne l'exécution des lois du droit public et la satisfaction des intérêts généraux, le tout par des moyens de police et par l'organisation de services publics, dans les limites des buts du pouvoir politique qui a assumé l'entreprise de la gestion administrative ». Voulant préciser cette définition Hauriou ajoute : « Ainsi la fonction administrative, bien qu'étant à la fois juridique et pratique, est encore plus pratique que juridique parce qu'elle suppose la satisfaction d'un besoin pratique par une exécution poussée jusqu'au fait. »

Cela montre bien que dans la pensée de notre collègue le caractère matériel de la fonction administrative se détermine exclusivement par son but pratique. La pensée de l'auteur s'affirme encore quand, à la note 1 de la page 22 de la dixième édition, il me reproche « d'être partisan du but purement juridique de l'administration ».

J'ai déjà dit pourquoi, à mon sens, on ne pouvait pas déterminer les fonctions juridiques de l'État par le but pratique ou économique poursuivi. J'admets très bien qu'on peut appeler fonction administrative si l'on veut cette activité de l'État qui consiste à gérer les affaires du public, à instituer un régime de police, à exécuter les lois, à faire fonctionner les services publics. Mais je prétends que pour réaliser ce but de gestion et d'exécution, les agents et les organes de l'État font des actes qui, dans leur nature interne, ont des caractères juridiques différents, sont tantôt des actes-règles, tantôt des actes-conditions, tantôt des actes subjectifs et que si l'on ne tient pas compte de cette distinction on ne donne pas une définition d'ordre juridique, mais seulement d'ordre économique. Au reste, la comparaison que fait Hauriou entre l'acte administratif et l'acte commercial montre que dans sa pensée ce qui caracté-

rise les actes juridiques et permet de les distinguer entre eux, c'est le but pratique en vue duquel ils sont faits. C'est ce que je ne puis admettre. Un acte juridique est caractérisé et ne peut être caractérisé que par la modification qui se produit à sa suite dans l'ordonnancement juridique. Le même acte juridique reste ce qu'il est; un contrat, par exemple, reste un contrat quel que soit le but en vue duquel il est fait, civil, commercial, administratif. La compétence des tribunaux qui jugera le litige peut varier; la valeur sociale de l'acte peut être différente; au point de vue juridique interne, l'acte reste le même.

Hauriou me reproche (p. 23) d'éliminer du droit tout élément technique et sur ce point de subir malgré moi l'influence des doctrines allemandes que j'ai cependant vigoureusement combattues. Je ne crois pas mériter ce reproche. Il me semble au contraire que dans ce livre et dans mon enseignement je me suis toujours inspiré de cette idée que le droit est un ensemble de règles nées spontanément sous l'action des besoins pratiques et du sentiment de justice inhérent au cœur de l'homme. Mais encore une fois, cela ne fait pas que si l'on veut déterminer les différentes formes de l'activité juridique de l'État, il ne faille pas prendre exclusivement en considération, non pas ce qu'Hauriou appelle inexactement le but juridique, mais bien l'effet de droit se produisant consécutivement à l'acte. Enfin il n'est pas vrai que je soustrais à la prise du droit administratif des opérations techniques d'ordre purement matériel relatives au fonctionnement des services publics. J'ai expliqué au paragraphe précédent que je les faisais rentrer dans la définition générale de l'acte administratif au point de vue juridique; j'ai dit pourquoi, il est inutile d'y revenir.

Artur définit lui aussi la fonction administrative par

le but que poursuit l'État en l'exerçant. Il écrit : « Administrer consiste à pourvoir, par des actes immédiats, incessants, à l'organisation et au fonctionnement des services publics. » Voulant expliquer ce que sont les services publics, notre collègue ajoute : « Voici une autre formule plus abstraite où l'objet positif de la fonction administrative apparaît moins, mais où sa raison d'être paraît mieux : administrer, c'est ajouter aux lois, qui ne peuvent s'exécuter sans une intervention continue et spontanée de la puissance publique, les actes nécessaires à cette exécution » (*Séparation des pouvoirs et des fonctions*, 1905, p. 19).

Artur fait intervenir, outre l'idée de but, l'idée d'exécution de la loi. On a déjà dit combien il était difficile de voir dans un acte administratif un acte d'exécution de la loi. Le savant auteur parle des *actes nécessaires d'exécution ;* mais la formule ne signifie pas grand'chose, si l'on ne dit pas quels sont ces actes, en quoi ils consistent, quelle est leur nature intime. Après avoir parlé de l'armée, de la marine, des postes, de l'instruction publique, etc... Artur ajoute : « Tout cela, c'est l'œuvre de l'administration; l'administration pourvoit avec le législateur, sous l'autorité de la loi et par des *procédés différents de la loi,* au fonctionnement et à l'organisation des services publics. » Par des *procédés différents de la loi :* en quoi consistent ces procédés ; en quoi sont-ils différents de la loi; c'est ce qu'il fallait nous dire et ce que l'auteur ne nous dit point.

Je crois bien que la seule différence que voit Artur entre la loi et l'acte administratif, c'est que celui-ci « est l'exercice d'une souveraineté subordonnée, limitée, seconde, peut être illégal, constituer un excès de pouvoir et, le cas échéant, comporter des recours contentieux ». Mais en disant cela, Artur introduit un élément formel qui n'a rien à faire ici : des actes

certainement législatifs sont susceptibles de recours, et des actes certainement administratifs ne le sont pas; cela dépend de l'organe qui les fait. Sans doute, l'acte administratif suppose une règle de droit antérieure, dont il n'est pas l'exécution, mais qui fixe son objet et le but en vue duquel il peut intervenir. Cela tient à un certain caractère interne qu'Artur ne définit pas, et que l'acte administratif garde toujours, même lorsqu'il émane d'un organe, du parlement par exemple, contre les actes duquel il n'y a pas de recours possible. Ce caractère tient à ce que l'acte administratif est toujours un acte-condition, un acte subjectif, ou un acte matériel se rattachant à un acte juridique de l'une ou l'autre de ces deux espèces, ce que n'a point compris notre collègue.

Beaucoup d'auteurs étrangers déterminent aussi la fonction administrative par son but. Posada, jurisconsulte espagnol éminent, écrit : « L'administration est l'activité de l'État tendant à former, à conserver et à perfectionner l'organisme grâce auquel cet État arrive à ses fins » (*Revue du droit public*, 1896, I, p. 299). Cf. une définition analogue de Longo, *Revue du droit public*, 1894, II, p. 425. O. Mayer écrit : « L'administration est l'activité de l'État pour la réalisation de ses buts et sous son ordre juridique » (*Droit administratif*, édition française, 1904, I, p. 13). Cf. Guimaraès Pedrosa, *Curso de ciencia da administração*, I, 1908 ; Spiegel, *Die Verwaltungsrechtswissenschaft*, 1909. Orlando paraît avoir de l'administration et du droit administratif une conception analogue. Il écrit : « L'État considéré dans son ordonnancement, voilà le concept de la constitution ; l'État considéré dans sa fin, voilà le concept de l'administration. Et quand nous disons une fin et que nous l'attribuons à une personne consciente et voulante, cela veut dire une *activité directe* qui poursuit cette fin. En tant que cette activité de l'État est réglée par le droit, l'étude scientifique de ce droit constitue précisément l'objet du droit administratif » (Orlando, *Diritto administrativo italiano*, I, p. 63).

Jellinek a particulièrement mis en relief le but poursuivi par l'État, pour déterminer la nature de la fonction administrative. Il enseigne que l'État a trois buts :

un but de droit, un but de conservation, un but de culture. Le but de droit, il le poursuit par la fonction législative et la fonction juridictionnelle, et les deux autres buts par la fonction administrative. D'après Jellinek, « pour réaliser son double but de conservation et de culture, l'État a des moyens qui n'appartiennent qu'à lui et qui dérivent de son caractère de puissance qu'il ne perd jamais : ce pouvoir, qui n'appartient qu'à lui, lui permet dans l'accomplissement de sa mission de conservation et de culture de se procurer des prestations, de paralyser les actions perturbatrices, et cela par l'ordre et la défense et par l'exercice du pouvoir de contrainte » (*Allgemeine Staatslehre*, 2e édit., 1905, p. 591 et s.).

Comme on l'a déjà fait observer, Jellinek et les auteurs précédemment cités ont le tort de vouloir déterminer la nature de la fonction administrative par la nature du but poursuivi, et ainsi ils n'apportent point la solution du problème. Admettons en effet, avec Jellinek, que l'État ait un but de droit, un but de conservation et un but de culture. On n'aurait résolu le problème que si l'on démontrait que les actes employés pour poursuivre chacun de ces buts ont des caractères spécifiques internes différents et correspondant à chacun de ces trois buts. Or, on ne fait pas cette démonstration. Le but de conservation et de culture est atteint, sans doute, par des actes ayant le caractère administratif; mais ce double but est aussi poursuivi et atteint à l'aide d'actes qui ont certainement le caractère législatif. Qu'on parle, avec Hauriou, du *régime d'État*, de son amélioration et de son aménagement; avec Artur, du fonctionnement et de l'organisation des services publics, ou avec Jellinek de la conservation et de la culture, c'est au fond, sous différents noms, le même but qu'on a en vue. Or, ce but, l'État le poursuit et l'atteint, non

seulement en faisant des actes administratifs, mais aussi, et peut-être surtout, en faisant des actes législatifs. Si les auteurs de ces théories étaient logiques avec eux-mêmes, ils devraient enseigner que les lois des différents pays réglant l'organisation politique, diplomatique, administrative, militaire, etc., sont de simples actes d'administration; ils devraient en dire autant de toutes les lois relatives à la police intérieure du pays, aux questions économiques et financières, à l'organisation et à la protection du travail, à l'assistance publique, aux retraites ouvrières. En un mot, la presque totalité de la législation moderne de tous les pays civilisés cesserait d'avoir le caractère législatif pour devenir de l'administration. Par exemple, les lois sur le recrutement de l'armée, les lois d'assistance et de prévoyance sociales ne seraient point des lois, mais des actes d'administration.

D'autres auteurs et particulièrement Laband (*Droit public*, trad. franç., 1901, II, p. 505 et s.) ne font point intervenir la notion de but; ils déterminent le caractère de la fonction administrative par le caractère en quelque sorte psychologique des actes qu'elle comporte. Ces doctrines se rattachent pour une large part aux conceptions de L. Stein (*Verwaltungslehre*, I, 2e édit., 1869, p. 3-34). L'État, dit-on, est une personne; l'État pense et agit; la pensée de l'État, c'est la législation et la juridiction; l'action de l'État, c'est l'administration (*Verwaltung*). L'*administration* est ainsi l'*agir* de l'État, considéré comme personne capable de vouloir et d'agir. Il faut donner aux mots *action*, *agir*, un sens large, et entendre par *action* non seulement les actes qui entraînent directement, par eux-mêmes, certaines conséquences externes, mais encore toute décision qui est le point de départ d'une série d'actes, d'un processus administratif, par exemple une déclaration d'utilité publique.

Il y a incontestablement une certaine part de vérité dans ce système. Mais ses partisans ont le tort de vouloir séparer deux choses inséparables, la *conception* et l'*action*. Définir l'administration l'*agir* de l'État, c'est donner une définition inexacte ou du moins incomplète, car l'*administration* est aussi la pensée de l'État, puisque tout acte administratif implique une détermina-

tion prise par l'État ou du moins par l'organe ou l'agent qui le représente.

De plus, la doctrine contient une contradiction interne. D'après Laband, le principal représentant de cette doctrine, l'action de l'État est avant tout l'ordre de l'État se faisant connaître à l'extérieur, ayant la possibilité de se réaliser et constituant par conséquent la cause motrice de toute une série d'actes administratifs. Or, il se trouve que l'action ainsi comprise est surtout dans la loi. Laband lui-même met en relief l'ordre comme élément essentiel de la loi. Il est évidemment contradictoire de donner comme critérium de la fonction administrative un caractère que d'autre part on déclare être un des éléments nécessaires de la loi. La législation est l'agir de l'État aussi bien que l'administration. Et même, comme dans l'État moderne l'activité administrative est subordonnée à l'activité législative, c'est bien plutôt dans la législation que dans l'administration qu'apparaît l'*agir* de l'État.

Carré de Malberg, qui, on l'a vu, rejette pour la détermination de la fonction législative tout élément matériel, devait en faire autant pour la détermination de la fonction administrative. A son avis, la fonction administrative comprend l'ensemble des actes qui sont de la compétence du chef de l'État; il faut évidemment ajouter : qu'il fasse lui-même ces actes ou qu'il les accomplisse par l'intermédiaire d'agents du gouvernement. L'auteur écrit : « L'administration doit être définie : l'activité exercée par l'autorité administrative sous l'empire et en exécution des lois. On remarquera d'abord que, dans cette définition, l'administration n'est caractérisée ni par son but, ni par ses procédés spéciaux, ni par son domaine » (*Théorie générale de l'État,* 1920, I, p. 482).

Cette proposition montre bien que dans la pensée de cet auteur on ne peut, on ne doit donner de la fonction administrative qu'une définition formelle. Il est inutile de revenir sur les critiques générales précédemment faites de cette conception. Je me borne à faire observer que dans cette doctrine, par exemple, l'autorisation d'emprunter donnée à une commune par le gouvernement ou par le préfet est un acte d'administration; qu'elle est, au contraire, un acte de législation quand elle est donnée par le parlement. Un juriste, me semble-t-il, ne peut pas accepter une pareille conséquence. L'acte que je prends pour exemple possède, en droit, un certain caractère qui ne peut pas changer suivant qu'il est fait par tel ou tel organe ou agent.

Carré de Malberg insiste beaucoup sur ce point que, dans le

droit moderne, les actes administratifs ne peuvent être faits que dans les limites fixées par la loi. Il a raison. Mais dans sa pensée cette règle se rattache au système d'organisation dans lequel le gouvernement et les agents sont limités dans leur activité par les décisions du parlement. Comme je l'ai déjà fait observer, cela est vrai. Mais il y a plus. Du point de vue matériel, l'acte administratif étant un acte-condition, un acte subjectif ou un acte matériel s'y rapportant, il implique la préexistence d'une règle de droit objectif. Mais peu importe la forme de cette règle : elle peut être coutumière, législative ou réglementaire. Encore ici, Carré de Malberg et moi-même nous nous heurtons fortement : nos conceptions générales du droit sont aux antipodes.

§ 25. — *Les actes politiques.*

C'est une expression qui est employée dans des sens divers, ce qui entraîne beaucoup d'obscurité et de confusion.

On appelle parfois actes politiques les actes faits par une autorité administrative, quand ils sont déterminés par un but politique et que, pour cette raison, ils échappent à tout recours. On appelle aussi ces sortes d'actes actes de gouvernement. La question de savoir si tout recours dirigé contre ces actes est non recevable ne vient pas ici. Elle sera examinée au tome III quand j'étudierai les recours dont sont susceptibles les actes des organes et agents publics. Je me borne à dire pour le moment que si la doctrine d'après laquelle aucun recours n'est recevable contre les actes émanés d'un organe ou agent administratif quand ils sont déterminés par un but politique, si cette doctrine, dis-je, a été un moment défendue par des juristes autorisés, elle est aujourd'hui énergiquement repoussée par la presque unanimité des auteurs français, et avant la guerre elle a été nettement condamnée par le conseil d'État et le tribunal des conflits. Pendant les hostilités, le conseil d'État a rendu certaine décision qui semble indiquer

qu'à raison des circonstances exceptionnelles qu'on traversait, il revenait à l'ancienne théorie régalienne. Je fais allusion à l'arrêt *Graty* du 4 janvier 1918, décidant que le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable contre la décision du ministre de l'intérieur autorisant l'internement dans un camp de concentration d'un citoyen belge, sujet d'une puissance alliée et non point d'une puissance ennemie.

On appelle aussi parfois actes politiques tous les actes faits par des organes politiques, soit le parlement, soit le gouvernement; mais employée dans un sens aussi général, l'expression prête encore à confusion. En tout cas, le mot politique employé ainsi a un sens purement formel. D'autre part, il serait mieux, pour désigner les actes émanés du parlement, de dire actes parlementaires, et pour les actes du gouvernement, actes gouvernementaux, étant bien entendu que ces expressions n'impliquent pas que ces actes aient une nature juridique propre; qu'au contraire, ils appartiennent, suivant les cas, à l'une des trois catégories d'actes juridiques précédemment définies, et que, par conséquent, elles ne les qualifient que du point de vue formel.

Ce n'est pas tout. Une autre difficulté de terminologie provient de ce que le gouvernement personnifié par le chef de l'État, en France par le président de la République, a dans tous les pays parlementaires un double caractère. Tantôt il agit comme organe politique, tantôt comme organe administratif. La détermination des cas où il agit en l'une ou l'autre de ces qualités ne peut se faire d'après la nature interne des actes accomplis, qui peuvent être soit des actes-règles, soit des actes-conditions, soit des actes subjectifs ou, en d'autres termes, des actes législatifs ou des actes administratifs. C'est encore du point de vue formel qu'il faudra déterminer les cas où le gouvernement agit

comme organe politique ou comme organe administratif. Je réserve l'expression acte politique pour désigner les actes que le gouvernement fait comme organe politique, quel que soit d'ailleurs le caractère juridique interne de l'acte.

Les actes politiques peuvent donc être des actes législatifs ou des actes administratifs. Ils n'ont pas un caractère matériel propre ; ils se caractérisent seulement au point de vue formel. Ce sont ceux que fait le gouvernement en tant qu'organe politique. S'ils ne sont pas susceptibles de recours, ce n'est point parce qu'ils n'ont pas le caractère d'actes administratifs matériels ; ils peuvent avoir et ont souvent en fait ce caractère. Si le recours est impossible, c'est uniquement parce que la législation du pays considéré, particulièrement la législation française, n'admet pas de recours contre les actes émanés des organes politiques. Il y a donc lieu de rechercher dans chaque pays quel est le caractère attribué par le droit positif au gouvernement quand il fait tel ou tel acte. S'il agit en qualité d'organe politique, son acte est du point de vue formel un acte politique, parce qu'il émane d'un organe politique et cela quel que soit son caractère matériel.

Il n'est pas inutile de donner quelques exemples.

Les règlements faits par le chef de l'État pris en eux-mêmes sont des actes législatifs comme je l'ai montré au paragraphe 20. Depuis longtemps déjà, on admet que les règlements faits par le chef de l'État en vertu des textes constitutionnels qui lui donnent le pouvoir réglementaire pour compléter une loi et déterminer les détails d'application sont édictés par lui en tant qu'organe administratif. Au contraire, pendant longtemps, on a vu dans les règlements d'administration publique qui ont exactement le même caractère intrinsèque que les premiers, des actes politiques,

c'est-à-dire des actes faits par le chef de l'État agissant comme organe politique. On touche du doigt l'exactitude de ce que je disais plus haut : de deux actes ayant identiquement le même caractère intrinsèque, l'un peut être un acte politique, l'autre ne l'être pas, suivant que le gouvernement dont il émane agit ou non comme organe politique. Aujourd'hui, depuis l'arrêt du conseil d'État du 6 décembre 1907 (*Grandes compagnies de chemins de fer*), les règlements d'administration publique sont traités comme les règlements ordinaires; on considère que le chef de l'État fait les uns et les autres comme organe administratif; et les uns et les autres sont susceptibles d'être attaqués par le recours pour excès de pouvoirs.

Les nombreux actes par lesquels le président de la République, personnifiant le gouvernement, exerce les pouvoirs que lui attribue la constitution, en ce qui concerne ses rapports avec le parlement, sont des actes politiques, parce qu'il n'est pas douteux qu'en les faisant, il agit comme organe politique et non pas comme autorité administrative. De pareils actes ne sont certainement pas susceptibles d'être attaqués par les recours ouverts contre les actes des autorités administratives. Il en est ainsi, par exemple, des décrets convoquant les collèges électoraux pour la nomination des sénateurs et des députés, des décrets convoquant les chambres, prononçant la clôture ou l'ajournement du parlement, du décret par lequel le président de la République avec l'assentiment du sénat dissout la chambre des députés (L. const. 25 février 1875, art. 5; 16 juillet 1875, art. 1er et 2).

Aucun recours n'est recevable contre de pareils actes, non point en raison de leur nature intrinsèque, mais en raison du caractère appartenant au président de la République quand il les accomplit. Au point de

vue matériel, ce sont des actes administratifs, des actes juridiques conditions. Ils conditionnent la naissance, la modification ou la suppression d'une situation juridique objective, légale.

Les décrets convoquant les collèges électoraux conditionnent la naissance de la compétence appartenant au corps électoral pour procéder à l'élection. Tout le monde s'accorde à reconnaître que les actes par lesquels le gouvernement convoque un collège électoral pour élire un conseiller général ou un conseiller d'arrondissement sont des actes administratifs au sens matériel. L'acte par lequel le gouvernement convoque un collège électoral pour élire un député ou un sénateur ne peut avoir, au point de vue juridique interne, un caractère différent.

Les décrets qui convoquent, ajournent les chambres, prononcent la clôture de la session parlementaire ou la dissolution de la chambre des députés, sont aussi des actes juridiques conditions. Ils conditionnent la modification apportée à la situation juridique des chambres qui est une situation de droit objectif; ils conditionnent la suppression de la situation légale qui était faite à la chambre des députés. Nul ne conteste le caractère d'acte administratif matériel au décret qui convoque un conseil général en session extraordinaire, qui prononce la dissolution d'un conseil général ou d'un conseil municipal. Le même caractère matériel doit appartenir au décret qui convoque les chambres, les ajourne, prononce la dissolution de la chambre des députés. Si les recours administratifs contentieux ne sont pas recevables, cela ne tient pas à la nature intrinsèque de l'acte qui est et reste un acte administratif, mais à la qualité en laquelle agit le gouvernement qui le fait.

C'est notamment ce qui résulte implicitement de l'arrêt du conseil d'État du 6 août 1912 rejetant comme non recevable le

recours formé contre un décret du 2 avril 1912 convoquant les électeurs sénatoriaux du territoire de Belfort (*Recueil*, 1912, p. 982, conclusions de M. Léon Blum).

Acte conférant une grâce. — A propos de cette sorte d'acte, il faut se garder de confondre deux questions tout à fait différentes, qu'on a parfois le tort de ne pas distinguer, et que je reconnais volontiers n'avoir pas suffisamment distinguées dans la première édition de ce traité.

Une première question est celle de savoir quel est le caractère juridique interne de l'acte conférant une grâce. La seconde question, qui est toute différente, est celle de savoir en quelle qualité agit le président de la République quand il accorde une grâce.

Si l'on analyse attentivement le caractère juridique intrinsèque d'un acte conférant une grâce, il apparaît avec tous les éléments de l'acte juridique condition. A la suite du jugement de condamnation, le condamné se trouve dans une certaine situation légale qui est constituée par deux éléments : 1° l'obligation où il se trouve de subir le châtiment qui lui est infligé (emprisonnement, travaux forcés, peine de mort), ce qui implique l'obligation pour les agents publics d'assurer l'exécution de la peine ; 2° incapacités et déchéances légales dont le condamné se trouve frappé accessoirement à la condamnation. Le jugement a été l'acte conditionnant l'application, à une personne déterminée, de la loi réglant l'état du condamné à une certaine peine. Un acte intervient, qu'on appelle l'acte de grâce ; à la suite de cette décision, l'état du condamné est modifié ; les incapacités et les déchéances subsistent, mais l'obligation de subir la peine corporelle disparaît. Il se produit un effet de droit de même nature que celui qui s'est réalisé à la suite du jugement. De même que le jugement est un acte-condition, acte conditionnant la naissance

de la situation légale de condamné, de même l'acte conférant une grâce est un acte-condition, un acte conditionnant une modification à la situation légale de condamné.

Si l'acte conférant une grâce est un acte-condition émanant d'un agent public, on doit évidemment le qualifier au point de vue matériel d'acte administratif, quoique au premier abord cela paraisse un peu paradoxal. C'est ce qu'avait admis, il y a déjà longtemps, Brémond dans un article de la *Revue critique*, 1893, page 321. Je ne cache pas que cette opinion m'était apparue inadmissible.

A l'heure actuelle, je reconnais aisément qu'elle est exacte. C'est moi qui me trompais quand j'écrivais à la page 215 du tome I de la première édition de cet ouvrage « que l'acte conférant une grâce est un acte juridictionnel parce qu'il constitue une réformation non pas totale sans doute, mais assurément partielle, d'une décision juridictionnelle ». Il n'est pas vrai que l'acte de grâce soit une réformation du jugement de condamnation. Celui-ci reste intact. Postérieurement, un acte intervient qui conditionne la modification d'une situation légale que n'a point créée le jugement, mais qu'il a seulement conditionnée. Si l'on préférait dire que le jugement lui-même est modifié par l'acte de grâce, il n'en résulterait point que celui-ci soit un acte juridictionnel, parce qu'il lui manquerait ce qui est l'élément essentiel de l'acte juridictionnel : l'intervention d'un organe de l'État pour résoudre une question de droit et tirer la conséquence logique de la solution donnée. Le chef de l'État, en accordant une grâce, n'intervient point pour résoudre une question de droit, mais seulement en raison de considérations diverses pour modifier une situation légale, et cela est le propre de l'acte administratif.

La seconde question est toute différente. En quelle qualité agit le chef de l'État, en France le président de la République, quand il confère une grâce? La solution qui doit être donnée est absolument indépendante du caractère matériel de l'acte de grâce. Je disais plus haut que dans les pays parlementaires et en France particulièrement, le chef de l'État a deux caractères, agissant tantôt comme organe politique, tantôt comme autorité administrative supérieure. Assurément, ce n'est pas en cette dernière qualité qu'il agit lorsqu'il accorde une grâce. Incontestablement il intervient alors dans le domaine judiciaire. Même en admettant que l'acte de grâce ne touche pas au jugement, il faut bien reconnaître qu'il conditionne la naissance d'une situation touchant directement à la liberté du condamné et qui, d'après les principes les plus certains du droit moderne, relève exclusivement de l'autorité judiciaire.

Si le chef de l'État en accordant une grâce n'agit pas comme autorité administrative, agirait-il donc comme organe politique? Mais cette solution se heurte immédiatement aux plus graves objections. En effet, d'après les principes du droit moderne, les organes politiques eux-mêmes sont incompétents pour prendre des décisions conditionnant la naissance de situations touchant directement à ce qu'on appelle les droits individuels. Les organes politiques n'ont pas plus de pouvoir à cet égard que les organes administratifs; seuls sont compétents dans ce domaine les organes judiciaires.

Il faut bien cependant admettre que c'est en qualité d'organe politique que le chef de l'État confère une grâce. La loi constitutionnelle lui donne expressément ce pouvoir (L. 25 février 1875, art. 3, § 2). Il reste alors à expliquer pourquoi la loi constitutionnelle lui confère ce pouvoir tout à fait exceptionnel et comment, contrairement au principe général qui domine tout le droit

public, le chef de l'État reçoit compétence pour modifier une situation légale telle qu'elle est née à la suite d'une décision de justice.

L'Assemblée nationale de 1791 était dans la logique des principes quand elle refusait au roi de la constitution nouvelle le droit de grâce (C. pén., 1791, part. I, tit. VII, art. 13). Mais cette disposition ne s'est pas maintenue dans le droit postérieur. Sous le consulat, le droit de grâce était rétabli (Sénatus-consulte du 16 thermidor an X, art. 86).

Depuis, il a été reconnu au chef de l'État par toutes nos constitutions. Assurément, ce sont des raisons de haut intérêt moral et social, des raisons, pourrais-je dire, d'humanité, souvent développées et sur lesquelles il est inutile d'insister, qui ont amené et maintenu cette grave dérogation aux principes généraux de notre droit public. On peut dire exactement que, pour les raisons que je rappelle, le droit moderne a maintenu au chef de l'État, en matière de grâce, la prérogative de nos anciens rois que l'on exprimait dans l'adage bien connu : « Toute justice émane du roi ».

Le président de la République agissant comme organe politique lorsqu'il confère une grâce, le décret de grâce n'est certainement pas susceptible d'être attaqué par les recours contentieux administratifs et spécialement par le recours pour excès de pouvoirs. Cela ne tient point à la nature intrinsèque de l'acte qui, je l'ai démontré, est administrative, mais uniquement à la qualité en laquelle intervient le président de la République. C'est encore une application de l'idée développée plus haut, suivant laquelle la recevabilité des recours tient bien plus à la qualité en laquelle a agi l'organe qui a fait l'acte qu'au caractère intrinsèque de celui-ci. Le conseil d'État a reconnu la non-recevabilité du recours pour excès de pouvoirs contre un décret de grâce par un arrêt *Gujel* du 30 juin 1893, *Recueil*, 1893, p. 544, S., 1895, III, p. 41, avec une note d'Hauriou.

C'est une question qu'on étudiera plus tard de savoir si la responsabilité des ministres peut être mise en jeu à l'occasion d'un décret de grâce. Dès à présent, je n'hésite pas à répondre

affirmativement. Le décret de grâce devant être contresigné par un ministre, la responsabilité ministérielle se trouve par là même engagée.

Voici quelques opinions émises sur la nature juridique de l'acte de grâce.

Hauriou dit que la grâce ne touche qu'à l'exécution de la peine en la supprimant, la réduisant ou la commuant; que l'exécution des peines n'est point matière judiciaire; que c'est une pure attribution d'ordre exécutif (*Note* sous l'arrêt *Gugel,* 30 juin 1893, S., 95, III, p. 41).

J. Barthélemy a repris la même idée en la développant et en la précisant (*Revue du droit public,* 1909, p. 548). Il formule d'abord cette proposition (au reste plus que contestable) : le droit de punir est une des attributions constitutionnelles du pouvoir exécutif. Puis, s'inspirant d'une théorie de Jèze exposée dans la *Revue du droit public,* 1909, p. 637 et s. (cf. § 29, la discussion de la théorie de Jèze), Barthélemy écrit que le caractère propre et essentiel de l'acte juridictionnel, c'est d'être « la certification d'une chose comme vérité légale »; il ajoute que pour qu'il y ait jugement, il faut qu'une prétention ait été émise par un demandeur et qu'en matière pénale, cette prétention, c'est la demande du gouvernement de faire constater son droit à punir. Dès lors, un jugement pénal n'est autre chose que la constatation comme vérité légale du droit du gouvernement d'infliger telle ou telle peine à tel individu. Mais de ce que le gouvernement a le droit de punir tel individu, il ne suit pas qu'il soit obligé de le punir. « Cela étant donné, le pouvoir exécutif, lorsqu'il ne punit pas, comme le jugement l'y a autorisé, viole-t-il ce jugement? Non certainement, pas plus que ne le viole le particulier qui, ayant obtenu un jugement, s'abstient par raison d'humanité ou pour tout autre motif de faire saisir son débiteur. » Ainsi, en accordant une grâce, le président de la République, personnifiant le pouvoir exécutif, décide tout simplement qu'il n'exercera pas le droit de punir qu'a constaté le jugement ou qu'il ne l'exercera que partiellement.

Cette théorie est ingénieusement construite, mais elle me semble bien peu solide. D'abord on affirme que le droit de punir est une prérogative naturelle et constitutionnelle du pouvoir exécutif. Le droit de punir en soi, je le nie, comme je nie tous les prétendus droits des gouvernants. Mais enfin si on l'admet, il appartient à l'État et non à je ne sais quel démembrement de l'État, qu'on appelle le pouvoir exécutif (cf. §§ 41 et 42 la critique

de la séparation des pouvoirs). Dès lors on ne saurait dire avec Barthélemy que le pouvoir exécutif, démembrement de l'État, poursuit devant le pouvoir judiciaire, autre démembrement de l'État, la reconnaissance de son droit de punir. L'existence de ces entités personnifiées, ayant des droits distincts et existant au sein de l'État un et indivisible, dépasse mon entendement.

Ce n'est pas tout : Barthélemy assimile la situation du pouvoir exécutif qui a obtenu une condamnation contre un prévenu à celle d'un créancier qui a obtenu une condamnation contre son débiteur. Vraiment cela n'est pas admissible. J'accepte pour le moment la définition que donnent Jèze et Barthélemy de l'acte juridictionnel : la certification d'une chose comme vérité légale. Un jugement de condamnation pénale est la certification de la culpabilité du prévenu, et aussi (on ne peut pas séparer les deux choses) la certification qu'il a, du moment où le jugement est rendu, la situation légale de condamné. C'est ce que n'a pas aperçu Barthélemy; l'individu condamné aux travaux forcés, par exemple, a une situation légale qu'on ne saurait méconnaître, situation qui est constituée, non seulement par les déchéances qu'elle entraîne (dégradation civique, double incapacité de disposer et de recevoir à titre gratuit, interdiction légale), mais encore par les modifications apportées à son statut de liberté, par le régime auquel il sera soumis d'après la loi qui organise la peine des travaux forcés. Je ne dis pas que c'est le jugement qui crée cette situation légale, mais que la constatation qu'a faite le jugement a été la condition de la naissance, en ce qui concerne le prévenu, de cette situation légale. Or, qu'on le veuille ou non, le décret de grâce modifie cette situation légale : si c'est une grâce entière, il rend au condamné pleinement son statut de liberté individuelle; si c'est une commutation, par exemple la substitution de la peine de la réclusion à la peine des travaux forcés, il modifie profondément le régime légal de la peine et par conséquent la situation légale du condamné. Mais, dira-t-on, la grâce n'a pas d'effet sur les déchéances, qui constituent véritablement la situation légale du condamné. D'abord ces déchéances, on vient de le dire, ne constituent pas plus à elles seules la situation légale du condamné que ne le fait le régime de la peine prononcée. Et d'autre part, la grâce fait disparaître certaines déchéances, notamment l'interdiction légale, quand elle fait remise complète de la peine corporelle ou qu'elle substitue à celle-ci une peine qui n'entraîne pas cette interdiction (Garraud, *Droit pénal*, II, p. 464).

Ainsi, quoi qu'on dise, il me paraît évident que le décret accordant une grâce modifie la situation légale d'un individu. Dans ces conditions, on ne saurait dire que le droit de grâce est une prérogative naturelle du président de la République. On ne saurait nier qu'il n'est pas conforme aux principes généraux du droit public moderne qu'un chef d'État puisse par sa seule volonté modifier une situation légale née à la suite d'un arrêt de justice. Qu'on ne puisse pas qualifier sa décision d'acte juridictionnel, assurément; mais qu'on y voie la prérogative logique et naturelle du chef de l'État, je ne saurais l'admettre.

Jèze, dans un article de la *Revue du droit public*, 1913, page 287, note 1, a repris, sans d'ailleurs l'appuyer d'arguments nouveaux, la théorie de J. Barthélemy. Il me reproche très justement d'avoir attribué à l'acte de grâce le caractère juridictionnel. Je reconnais aisément, je l'ai déjà dit, que je me suis trompé sur ce point. Je reconnais aussi bien volontiers que j'ai commis une inadvertance en disant droit de grâce quand j'aurais dû dire acte conférant une grâce. Mais je ne saurais admettre que l'acte juridictionnel soit seulement la reconnaissance de la culpabilité et que la condamnation soit un acte complètement distinct de cette reconnaissance. Je montrerai, en étudiant plus loin la nature de l'acte juridictionnel, que la constatation de la culpabilité et la condamnation forment un tout unique et indivisible, à la suite duquel naît une certaine situation légale qui est modifiée quand intervient une grâce. Quoi qu'il en soit, Jèze admet, comme moi, qu'à la suite de la condamnation, il y a un certain état légal du condamné et que cet état légal est modifié quand il est gracié. Pour lui, comme pour moi, l'acte de grâce est un acte-condition. C'est l'essentiel. Il paraît trouver naturel que dans un régime de séparation des pouvoirs comme le nôtre, cet état légal de condamné résultant d'un jugement judiciaire puisse être modifié par le chef de l'État. Je persiste à ne pas être de son avis sur ce point. La chose sans doute s'explique historiquement et pratiquement; elle n'en constitue pas moins une grave dérogation aux principes généraux du droit public moderne.

On a beaucoup écrit sur la question du droit de grâce; outre les auteurs précédemment cités, on peut consulter : Rullau, *De la grâce en droit constitutionnel*, thèse Bordeaux, 1911; Gouraincourt, *Du droit de grâce sous la république;* Gobron, *Le droit de grâce sous la constitution de 1875;* Sermet, *Le droit de grâce*, thèse Toulouse, 1901. Cf. S., 1908, I, p. 51, sous cassation, 4 mai 1907, une intéressante note de M. Le Poittevin qui justement

considère comme une illégalité le fait du gouvernement qui réduit à néant une décision de justice en ne faisant pas exécuter la peine prononcée. Barthélemy y voit une grâce tacite. Cette solution me paraît inacceptable.

Amnistie. — Aux termes de l'article 3, § 2, de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le président de la République a le droit de faire grâce, mais les amnisties ne peuvent être accordées que par une loi.

Quel est exactement le caractère de l'amnistie? La loi d'amnistie est-elle simplement une loi formelle ou est-elle une loi matérielle? On sait que l'amnistie a pour effet de faire considérer rétroactivement comme non punissable un fait prévu et puni par la loi pénale et, par conséquent, si l'auteur de ce fait a été déjà condamné, d'effacer complètement la condamnation. Si l'amnistie est accordée, comme elle l'est presque toujours, par voie générale, il n'y a pas de doute possible, elle est un acte législatif au point de vue matériel.

Si l'amnistie est accordée à une personne déterminée, elle est alors une dérogation individuelle à une loi, et je crois que le parlement lui-même ne peut pas apporter une dérogation individuelle à une loi; l'amnistie individuelle est alors un acte arbitraire et ne pourra rentrer dans aucune des fonctions juridiques normales de l'État.

Cf. Esmein, *Droit constitutionnel*, 7e édit., p. 716 et s.; Ebren, *L'amnistie, Revue du droit public*, 1905, p. 501; Jèze, *Revue du droit public*, 1913, p. 287; J. Barthélemy, *Revue du droit public*, 1920, p. 260, long et intéressant article à propos de la loi d'amnistie du 24 octobre 1919.

Déclaration d'état de siège. — Depuis la loi du 3 avril 1878, ce n'est que tout à fait exceptionnellement que l'état de siège peut être déclaré par un décret du président de la République. En principe, le gouvernement n'a pouvoir pour déclarer l'état de siège qu'au cas d'ajournement des chambres; alors les chambres se

réunissent de plein droit deux jours après et maintiennent ou lèvent l'état de siège. Au cas de dissolution de la chambre des députés, le président de la République ne peut déclarer l'état de siège que s'il y a guerre étrangère et seulement dans les territoires menacés par l'ennemi ; il doit alors convoquer les collèges électoraux et réunir les chambres dans le plus bref délai possible.

Au début de la grande guerre, un décret du 2 août 1914 déclara l'état de siège dans les quatre-vingt-six départements français, le territoire de Belfort, ainsi que les trois départements d'Algérie. La loi du 5 août 1914 vint décider qu'il serait maintenu pendant toute la durée de la guerre. Cependant la loi ajoutait qu'un décret du président de la République, rendu sur avis du conseil des ministres, pourrait lever l'état de siège et après qu'il aurait été levé le rétablir sur tout ou partie du territoire. En fait, la France et l'Algérie sont restées sous le régime d'état de siège jusqu'au décret du 12 octobre 1919. Il est vrai que des restrictions ont été apportées à la rigueur du régime.

Le caractère juridique matériel d'un acte déclarant l'état de siège apparaît très nettement. Il est exactement le même, quel que soit l'organe duquel il émane, parlement ou gouvernement. C'est un acte-condition, une déclaration qui conditionne la modification d'une situation légale ou la naissance d'une situation légale pour partie ou totalité du territoire. Si l'on veut, c'est un acte qui conditionne l'application à la totalité ou à une partie du territoire de la loi du 9 août 1849.

Les compétences respectives des autorités civiles et militaires se trouvent modifiées. L'autorité militaire a des pouvoirs de police qui n'appartiennent pas en temps normal à l'autorité civile : interdire les publications et les réunions qu'elle juge de nature à exciter ou à entre-

tenir le désordre, faire des perquisitions de jour et de nuit. Le régime de liberté dont jouissent les citoyens en temps normal reçoit de graves atteintes. Tout cela par le jeu de la loi de 1849 dont l'application est subordonnée à la déclaration émanant suivant les cas des chambres ou du gouvernement. Nous nous trouvons en présence, si l'on peut dire, d'un acte-condition type, par conséquent d'un acte administratif et, je le répète, quel que soit l'organe, parlement ou gouvernement, duquel il émane.

Rien dans la nature interne de la déclaration de l'état de siège ne s'oppose à ce qu'elle puisse être l'objet d'un recours contentieux. Si aucun recours n'est recevable, cela tient au caractère de l'organe dont elle émane. Dans l'état actuel de notre droit, aucun recours n'est recevable contre les actes du parlement. Et quand c'est le président qui déclare l'état de siège, il est placé par la loi sous le contrôle direct et immédiat du parlement, et cela rend à la fois inutiles et impossibles les recours contentieux : inutiles, parce que le contrôle direct et immédiat des chambres est présumé donner aux citoyens une garantie largement suffisante, et impossibles, parce que l'ouverture d'un recours impliquerait forcément le droit pour le tribunal de critiquer la décision du parlement, ce que dans le système français aucun tribunal ne peut faire. Mais, dira-t-on, si le gouvernement maintenait l'état de siège malgré la décision du parlement, que se passerait-il ? Ce qui se passe toutes les fois que le gouvernement viole la loi ; le jugement d'un tribunal, annulant la décision du gouvernement, n'y changerait rien ; le gouvernement serait factieux, et comme il est maître de la force armée, il pourrait imposer sa volonté ; mais c'est alors le coup d'État ; et l'on sort du domaine du droit.

Il est bien entendu que, si la déclaration d'état de

siège n'est susceptible d'aucun recours contentieux, les actes de l'autorité militaire faits sous le régime de l'état de siège sont susceptibles de tous les recours de droit commun que comporte leur caractère administratif ou juridictionnel, et qu'ils peuvent aussi, suivant les distinctions qui seront expliquées plus tard, entraîner la responsabilité personnelle des fonctionnaires militaires.

Cf. sur ce point la fameuse décision *Pelletier*, tribunal des conflits, 28 juillet 1873, S., 1874, II, p. 28; et conseil d'État, 24 décembre 1875 (*Mémorial des Vosges*). Pendant la guerre, le conseil d'État a reconnu, à plusieurs reprises, la recevabilité des recours formés, sous le régime de l'état de siège, contre des décisions de l'autorité militaire. Cf. notamment les deux arrêts du conseil d'État, 6 août 1915, *Recueil*, 1915, p. 275, et *Revue du droit public*, 1915, p. 700 et s., avec les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Corneille et une note de Jèze.

Actes diplomatiques. — J'emploie cette expression dans son sens habituel pour désigner tous les actes qui se rapportent aux relations internationales d'un État.

L'activité diplomatique de l'État se manifeste par des négociations, correspondances, instructions données aux agents diplomatiques, etc. Toutes ces opérations sont évidemment des actes diplomatiques, mais des actes qui ne produisent aucun effet de droit. Ils ont cependant pour but d'assurer le fonctionnement d'un service public, le service diplomatique ou des relations extérieures; et, de ce chef, ils rentrent dans la catégorie des actes administratifs au sens général pour les raisons que j'ai expliquées précédemment.

Mais beaucoup d'actes diplomatiques ont un caractère juridique incontestable; ce sont les déclarations diplomatiques, comme les déclarations de guerre, de neutralité, etc., et les conventions diplomatiques. Quel est exactement le caractère juridique de pareils actes?

Des actes diplomatiques d'ordre juridique, on ne peut pas dire qu'ils aient tous le même caractère interne. Il faut les analyser séparément et, sans entrer dans les détails, il est assez facile de déterminer le caractère de chacun d'eux.

D'abord, les déclarations unilatérales, comme les déclarations de guerre, de neutralité, sont évidemment des actes-conditions. A leur suite, prennent naissance des situations objectives de droit international : état de guerre, neutralité. Le caractère juridique de pareils actes est identique à celui des actes correspondants du droit interne et que j'ai fait rentrer dans la catégorie des actes administratifs. Il n'est pas d'usage d'appliquer cette désignation aux actes diplomatiques dont je parle, mais l'identité juridique des deux catégories d'actes me paraît incontestable.

Quant aux conventions diplomatiques, comme d'ailleurs toutes les conventions (cf. t. I, p. 280 et 302), elles doivent être distinguées en conventions-contrats et conventions-lois, ces dernières que j'ai appelées des unions et que les Allemands appellent des *Vereinbarungen*. Certaines conventions diplomatiques établissent des obligations d'ordre subjectif à la charge des États contractants; elles sont de véritables contrats. Telles les conventions par lesquelles un État s'engage à payer une certaine somme d'argent, à céder un certain territoire, à accomplir une prestation quelconque. Au contraire, certaines conventions établissent, dans les rapports de deux ou plusieurs États, une situation permanente, un ensemble de règles générales, en un mot un droit objectif nouveau. Il en est ainsi, par exemple, des conventions relatives au régime des postes et télégraphes, des unions douanières, des conventions de La Haye sur les lois de la guerre, du pacte inséré au Traité de Versailles et instituant la Société des Nations, et encore des

stipulations relatives à la protection internationale des travailleurs. On pourrait citer beaucoup d'autres exemples. Les conventions de ce genre sont, au point de vue matériel, de véritables lois, comme d'ailleurs les conventions de même nature qui interviennent en droit interne, privé ou public, par exemple la convention collective de travail et la concession de service public (cf. t. I, p. 302 et s.).

Cette distinction des conventions diplomatiques ayant le caractère de contrat et de celles ayant le caractère de loi est aujourd'hui admise par la grande majorité des internationalistes. Elle a été très nettement faite par Jellinek, *System des subjektiven öffentlichen Rechte,* p. 193 et s. Parmi les auteurs français, on peut citer, Despagnet et de Boeck, *Droit international public,* 4e édit., 1910, p. 710; L. Renault, *Introduction à l'étude du droit international,* 1879, p. 34 et s.; Bonfils et Fauchille, *Droit international public,* 5e édit., 1908, p. 512; Basdevant, *Revue générale de droit international,* XV, 1908, p. 231 et s.

Il me paraît donc hors de doute qu'au point de vue juridique interne, les différents actes du droit international ou actes diplomatiques ont exactement le même caractère que les actes du droit interne et qu'il n'y a point lieu de les mettre dans une classe à part. Par conséquent, si, en général dans les pays modernes et particulièrement en France, ces actes échappent à tous recours et ne sont pas susceptibles d'entraîner la responsabilité de l'État, cela ne tient point à leur caractère interne, mais uniquement à la qualité en laquelle agissent les organes ou les agents qui les accomplissent, et aussi à des raisons particulières qui sont tout à fait extrinsèques à leur nature juridique.

D'après une jurisprudence constante du conseil d'État, les actes diplomatiques ne peuvent fonder aucun recours administratif contentieux. Notamment, par deux arrêts du 5 août 1904, le conseil d'État a jugé qu'un particulier ne pouvait pas se prévaloir par la voie contentieuse contre l'État français des conséquences de la déclaration d'annexion de Madagascar (*Recueil,* 1904, p. 662, et *Revue du droit public,* 1905, p. 91). Mais, à mon avis, il ne faut

pas aller plus loin, et les décisions que prend une autorité française faisant l'application en France d'une convention diplomatique peuvent être des actes administratifs proprement dits, susceptibles de tous les recours administratifs. Cependant le conseil d'État a jugé le contraire, mais à tort, en déclarant, par un arrêt du 12 février 1904, non recevable le recours formé contre la décision du ministre des Affaires étrangères confirmant la décision du consul de France à Smyrne retirant à un individu la protection française. Cf. *Revue du droit public*, 1904, p. 79, la critique très exacte de Jèze ; *Recueil*, 1904, p. 105.

La question de la responsabilité de l'État en matière diplomatique sera étudiée dans la suite de l'ouvrage.

§ 26. — *Les diverses espèces d'actes administratifs.*

Pendant quelques années, on a fait entre les divers actes administratifs une distinction qui, grâce à l'autorité des juristes qui la défendaient, avait un grand crédit. On distinguait les actes administratifs en actes administratifs d'autorité et actes administratifs de gestion. Il est évident que cette distinction se rattache à la conception d'après laquelle l'État possède une double personnalité, personnalité de puissance publique et personnalité patrimoniale ou fiscale, ou à la conception similaire de personnalité une, mais à double face, la face puissance publique et la face patrimoniale.

J'ai essayé de montrer au tome I, pages 441 et suivantes, que toutes ces doctrines sont antiscientifiques et partant inadmissibles. J'ai ainsi d'avance écarté cette distinction des actes administratifs d'autorité et de gestion ; je montrerai plus loin que si l'on veut distinguer diverses espèces d'actes administratifs, il n'y a pas d'autre critérium possible que celui tiré de leur caractère juridique interne.

Mais la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion a occupé, et malheureusement occupe encore dans la doctrine, une place trop importante pour qu'il soit possible de la passer sous silence.

Au surplus, il convient de montrer que les auteurs français qui ont défendu cette distinction et ont contribué à lui donner la vogue qu'elle a eue pendant un moment n'ont pas toujours été exclusivement déterminés par des raisons purement scientifiques, mais bien plutôt par le désir de limiter le domaine du contentieux administratif. Laferrière et Berthelémy notamment enseignaient que le principe d'après lequel les tribunaux judiciaires français ne peuvent jamais apprécier un acte administratif ne doit s'entendre que des actes administratifs d'autorité et non point des actes de gestion, qu'ainsi seuls les procès dont le jugement implique l'appréciation d'un acte administratif d'autorité forment le contentieux administratif par nature, qu'au contraire les procès dont la solution implique l'appréciation d'un acte administratif de gestion appartiennent en principe à la compétence des tribunaux judiciaires, à moins qu'un texte de loi les ait attribués expressément aux tribunaux administratifs; ils appartiendraient alors au contentieux administratif par détermination de la loi. Ainsi on arrivait assez habilement à limiter notablement la compétence des tribunaux administratifs.

Quoi qu'il en soit du motif véritable qui a provoqué la formation de cette théorie, il faut la prendre telle quelle et montrer ce qu'elle vaut. Il n'est pas difficile de faire voir qu'elle est sans fondement et sans valeur, quelles que soient la base et la portée que lui donnent les auteurs qui l'enseignent.

Doctrine de Laferrière. — C'est Laferrière qui par sa haute autorité a contribué, pour une très large part, à faire admettre par la doctrine française cette distinction des actes d'autorité et des actes de gestion. Il l'explique de la manière suivante : « Une double mission incombe à l'autorité administrative. D'une part, elle est

chargée de veiller à la gestion de la fortune publique et à son emploi, d'assurer la perception des revenus de toute nature et leur affectation aux services publics. Les actes qu'elle accomplit pour remplir cette mission sont ceux qu'on appelle *actes de gestion*. D'un autre côté, l'administration est dépositaire d'une part d'autorité, de puissance, qui est un des attributs du pouvoir exécutif. Elle est chargée de faire exécuter les lois, de régler la marche des services publics, de procurer aux citoyens les avantages d'une bonne police. Elle intervient par voie de prescriptions générales, d'injonctions ou de défenses... L'administration agit alors comme autorité, comme puissance, et les actes qu'elle fait ainsi sont des actes de commandement ou de puissance publique » (*Juridiction et contentieux*, 2e édit., 1896, p. 6).

Pour l'auteur, l'intérêt de la distinction, que d'ailleurs il ne justifie pas, c'est que *seuls* les actes administratifs d'autorité donnent naissance au contentieux administratif par nature, et que les actes de gestion ne donnent naissance qu'à un contentieux administratif exceptionnel ou par détermination de la loi.

Le critérium de distinction donné par Laferrière est tout à fait vague, et de plus il est inadmissible. Le savant auteur a eu, en effet, le tort de vouloir établir une différence interne entre deux catégories d'actes juridiques d'après la différence des buts poursuivis par l'État administrateur au moyen de ces deux catégories d'actes. En réalité, comme on l'a déjà dit, l'État administrateur ne poursuit qu'un seul et même but ; mais ce but il l'obtient par l'emploi de moyens juridiquement différents ; c'est la différence juridique interne de ces moyens que ne détermine pas Laferrière et qu'il faut déterminer. L'auteur paraît d'ailleurs l'avoir compris quand il dit que l'acte d'autorité est une prescription générale, une

injonction, une défense; il indique là un caractère interne de l'acte; mais il se contredit; car après avoir fait la distinction d'après le but que poursuit l'État administrateur, il semble vouloir déterminer la nature intrinsèque de l'acte d'autorité.

Enfin le critérium proposé par Laferrière aboutit à des conséquences inadmissibles. Si, comme il le dit, est acte de gestion tout acte qui tend à assurer la perception des revenus de toute nature, il en faut conclure que l'arrêté du préfet qui rend obligatoire le rôle des contributions directes, l'arrêté de débet pris par un ministre contre un détenteur des deniers de l'État sont des actes de gestion. Or il me paraît tout à fait impossible de n'y pas voir au premier chef des actes d'autorité, si du moins on admet la distinction de ces deux catégories d'actes.

Doctrine de Berthélemy. — Cet auteur admet aussi la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion et y rattache des conséquences très importantes. Il écrit : « Les actes d'administration se divisent en deux catégories : les uns sont des actes de puissance publique par lesquels les administrateurs commandent ou interdisent quelque chose aux administrés. Les autres sont des actes de gestion qu'ils accomplissent en leur qualité de représentants des services publics. » Voulant donner un critérium pratique des actes de gestion, Berthélemy écrit : « Les actes de gestion sont des actes comme tout le monde en pourrait faire dans l'administration d'un patrimoine particulier et qui n'impliquent en rien l'existence de la puissance publique (*Droit administratif,* 5e édit., p. 43).

Dans les éditions postérieures, Berthélemy a un peu modifié la forme en laquelle il présente sa doctrine, mais le fond en est resté le même. Dans la neuvième édition, 1921, page 42, il écrit : « L'État, le département,

la commune, les établissements publics doués de la personnalité morale peuvent, à ce titre, être propriétaires, créanciers, débiteurs. Ils peuvent accomplir par représentants les actes ordinaires de la vie civile. Ils les accomplissent comme un particulier pourrait le faire dans l'administration de son patrimoine. Ces actes ainsi accomplis sont des actes de gestion. » Quand, au contraire, les administrations font des actes qu'on ne comprendrait pas qu'un simple particulier puisse faire, ces actes sont des actes d'autorité. Une idée à laquelle Berthélemy attache beaucoup d'importance, c'est que les actes de gestion impliquent l'existence d'une personne juridique administrative, tandis qu'au contraire, les actes d'autorité accomplis par les administrateurs n'impliquent pas l'existence d'une personne juridique au nom de laquelle ils sont faits (p. 44). A la page 46, Berthélemy ajoute : « Au lieu de dire État personne privée, État personne publique, il est infiniment plus simple de dire État-personne et puissance publique. Les actes de gestion sont faits par les fonctionnaires représentants juridiques de l'État-personne; les actes d'autorité sont accomplis par les fonctionnaires détenteurs de la puissance publique. »

J'ai déjà dit (t. I, p. 388) que si l'on admet que la personnalité de l'État n'existe pas quand il fait un acte de puissance publique, on ne comprend pas pourquoi elle existe au contraire quand il fait un acte de gestion. L'État est ou n'est pas une personne. S'il est une personne, il l'est toujours et dans tous les cas. S'il n'est pas une personne, il ne l'est jamais et dans aucun cas. Établir une classification de ses actes fondée sur ce que tantôt l'État est une personne et que tantôt il ne l'est pas, c'est une chose qui dépasse mon entendement.

Au fond, Berthélemy ne fait que suivre la doctrine de Laferrière, et comme lui il a le tort de faire la dis-

tinction des deux catégories d'actes d'après le but que poursuit l'administration. Ce point de départ, on l'a déjà dit, ne peut conduire à rien, parce que l'administration poursuit toujours un seul et même but, et parce que, poursuivrait-elle des buts différents, à cette différence de buts ne correspond point nécessairement une différence juridique entre les actes faits pour les atteindre.

Quant au critérium auquel Berthélemy paraît attacher beaucoup d'importance, et d'après lequel on reconnaîtrait les actes de gestion à ce que ce sont des actes que pourrait faire un simple particulier, ce n'est qu'un cercle vicieux. En effet, quand on considère l'acte fait par un administrateur, pour savoir s'il peut être fait par un particulier, il faut d'abord savoir s'il est un acte de gestion. Ce n'est donc pas la possibilité d'être fait par un particulier qui nous révèle la qualité d'acte de gestion ; c'est de la qualité d'acte de gestion reconnue à un acte qu'on peut conclure qu'il peut être fait par un particulier. La doctrine de Berthélemy est aussi fausse, parce qu'il n'y a pas une des activités exercées aujourd'hui par les agents de l'État dont on puisse dire qu'on ne peut concevoir qu'elle soit exercée par les particuliers. La police par exemple, qu'on nous présente comme étant essentiellement une fonction d'autorité, pourrait très bien être exercée et en fait est parfois exercée par de simples particuliers. La justice elle-même pourrait être rendue par des particuliers ; et à certaines époques, tout le service de justice a été assuré par de simples particuliers. On peut lire à ce sujet le livre très intéressant de L. Crémieux, *La justice privée*, publié en 1908.

Berthélemy rattache trois conséquences principales à la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion : 1° seuls les actes d'autorité fondent le contentieux

administratif par nature ; les procès nés à l'occasion d'un acte administratif de gestion sont de la compétence des tribunaux judiciaires, à moins qu'un texte exprès ne les donne aux tribunaux administratifs ; 2° l'administration ne peut être responsable envers les particuliers qu'à l'occasion des actes de gestion ; elle ne l'est point à l'occasion des actes d'autorité, à moins d'un texte formel ; 3° les fonctionnaires ne faisant que des actes de gestion doivent être distingués des fonctionnaires faisant des actes d'autorité ; à tous les points de vue, dit Berthélemy, les premiers doivent être traités comme les employés d'une entreprise privée.

Or, il se trouve que chacune de ces trois conséquences, que dans ses premières éditions Berthélemy présentait comme des vérités indiscutables, comme des dogmes, est actuellement en contradiction absolue avec les faits et avec les décisions constantes de la jurisprudence. Il est obligé de le reconnaître et dès sa sixième édition, il écrit mélancoliquement : « Si logique qu'elle soit et quelques services qu'elle ait rendus, la distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion n'est plus aujourd'hui qu'une constatation de fait à peu près dépourvue de conséquences juridiques » (p. VI et p. 898 et s.).

M. Teissier, commissaire du gouvernement, a fait, dans ses conclusions pour l'affaire *Feutry*, devant le tribunal des conflits, la critique définitive de la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion, telle que la comprennent Laferrière et Berthélemy et des conséquences qu'ils lui rattachent au point de vue du contentieux. « Ce n'est pas ici, disait-il, le lieu de faire la critique de cette distinction qui, suivant nous, n'a aucune base légale, qui ne repose sur rien de réel et qui ne correspond nullement à la réalité des faits. La vérité, c'est que tous les actes accomplis par la puissance publique et ses agents, pour assurer la gestion des services publics, constituent des applications de lois et de règlements administratifs... On peut donc dire que jamais la puissance publique et ses agents n'agissent dans les

mêmes conditions que les particuliers. La police et la gestion ne sauraient être ventilées ; elles se pénètrent sans cesse... Quand on examine les uns après les autres les actes administratifs que les auteurs ou les tribunaux classent arbitrairement dans l'une de ces deux catégories, on se rend compte qu'on les pourrait tout aussi bien comprendre dans l'autre. Prendre une semblable distinction purement métaphysique, et sur la portée de laquelle personne n'a pu se mettre d'accord, pour en faire la base d'un départ de compétences, ce serait poser aux malheureux justiciables des énigmes insolubles et organiser dans ce pays à l'état chronique le conflit d'attributions » (*Conclusions* dans l'affaire *Feutry*, Tribunal des conflits, 29 février 1908, *Recueil*, p. 216).

Doctrine d'Hauriou. — Exposée d'abord dans une brochure *La gestion administrative*, 1899, la doctrine d'Hauriou est restée la même en son fond dans les diverses éditions du *Précis de droit administratif* depuis la cinquième parue en 1903 jusqu'à la dixième en 1921.

D'après Hauriou, l'activité administrative se manifeste par trois voies : 1° la voie d'autorité ; 2° la voie de gestion publique ; 3° la voie de gestion privée. L'intérêt essentiel de la distinction est le suivant : quand l'administration agit par la voie d'autorité, ses actes donnent naissance au seul contentieux administratif d'annulation. Quand elle agit par la voie de la gestion publique, ses actes donnent naissance au contentieux administratif de pleine juridiction. Cf. *infra*, § 31, pour la distinction des deux contentieux. Enfin, quand elle agit par la voie de gestion privée, elle emploie les procédés du droit privé et les tribunaux judiciaires sont seuls compétents.

Le point essentiel de la théorie est la distinction de la voie d'autorité et de la voie de gestion publique. A cet égard, Hauriou écrit : « Le point de vue de la gestion correspond aux mesures d'exécution des services publics et aux situations qu'engendre cette exécution, lesquelles s'opposent au point de vue de la décision exécutoire. C'est de cette opposition entre la mesure d'exécution et la décision exécutoire que naît la diffé-

rence juridique des deux catégories de situations, car toute volonté qui passe à l'exécution de ses décisions, les projette par là même, à raison des nécessités de l'exécution, à raison des concours et collaborations économiques que toute réalisation entraîne, dans les difficultés du commerce juridique extérieur, tandis que toute volonté qui ne fait qu'affirmer ses décisions même exécutoires, c'est-à-dire même complètement arrêtées, ne les a pas encore engagées dans les difficultés du commerce juridique et ne les soumet qu'à sa propre introspection. La puissance publique est traitée comme les autres volontés. Quand elle passe à l'exécution de ses décisions, elle est soumise aux exigences du commerce juridique, et c'est la voie de gestion avec ses conséquences de droits acquis à des tiers... ; quand elle se borne à prendre des décisions exécutoires mais non encore exécutées, dont le seul effet juridique est d'être opposables à ses sujets ou obligatoires pour ses sujets, elle reste libre de n'appliquer à ces décisions que des moyens d'introspection disciplinaire » (7e édit., p. 461 ; cf. 6e édit., p. 463).

Cette opposition que fait Hauriou entre la voie de gestion qui comprend tous les actes d'exécution et de service et la voie d'autorité qui comprend tous les actes contenant une décision exécutoire, est encore très nettement marquée dans la dixième édition du *Précis de droit administratif,* 1921 : « La gestion d'office de l'administration, écrit le savant auteur, est astreinte à une procédure essentielle qui consiste en ce que, préalablement à toute mesure d'exécution par un agent d'exécution, il doit être pris par une autorité administrative une décision exécutoire par laquelle la puissance publique affirme à la fois son intention et son droit de passer à l'exécution... Il y a dans la décision exécutoire un élément de fond qui constitue sa matière propre.

Cet élément est une déclaration unilatérale de volonté administrative en vue de produire un effet de droit conforme aux données techniques et au bien du service » (p. 393 et 398).

Si je comprends bien la théorie d'Hauriou, elle contient trois éléments : 1° les actes de gestion sont des actes d'exécution, et par eux seuls l'administration entre en commerce juridique avec les administrés; 2° tout acte d'exécution doit être précédé d'un acte d'autorité contenant décision exécutoire produisant effet de droit; 3° dans la décision exécutoire seule, il y a une manifestation de la puissance publique.

Sur ce dernier point, je réponds ce que j'ai dit précédemment : de deux choses l'une : ou l'État est puissance publique ou il ne l'est pas. S'il est puissance publique, il l'est toujours et dans tous les actes qu'il fait; s'il ne l'est pas, il ne l'est jamais dans aucun acte. La vérité, c'est que pas plus pour les actes émanés des agents de l'État que pour ceux émanés des particuliers, l'effet de droit n'a pour cause créatrice la volonté de l'auteur de l'acte, mais bien sa conformité au droit objectif. Et voilà l'erreur de la théorie qui rattache l'effet de droit à une volonté de puissance, comme de celle qui le rattache à une volonté individuelle autonome.

D'après Hauriou, l'administration n'entre en commerce juridique avec les administrés que par les actes de gestion, et jamais par les actes d'autorité portant décision exécutoire. Cela me paraît inexact. Sans doute, il est vrai que lorsque l'administration fait un règlement, elle formule une règle impérative s'imposant aux administrés et à la suite de laquelle ne naît aucun rapport juridique entre ceux-ci et l'administration. Mais je crois avoir montré au paragraphe 20 que les règlements, au point de vue matériel, ne sont pas des actes

administratifs, mais bien des actes législatifs. Dans une bonne méthode, on doit les écarter de la distinction des actes administratifs. J'admets que pour les actes administratifs conditions, qui eux sont bien véritablement des actes administratifs au sens matériel, on dise qu'à leur suite il ne naît aucun rapport de droit entre l'administré et la personne administrative. Mais il y a des actes administratifs subjectifs qui eux, certainement, font naître un rapport de droit entre l'administration et l'administré, des actes portant décision individuelle et par lesquels l'administration entre directement en relation avec les administrés. A ces actes-là, Hauriou ne refuse certainement pas le caractère d'acte d'autorité. Il reconnaîtra certainement que, suivant la terminologie qu'il emploie, l'administration agit alors par voie d'autorité, et cependant elle entre en commerce juridique avec les particuliers. A titre d'exemple, je citerai les actes par lesquels l'autorité administrative ordonne la démolition d'un mur en ruines bordant la voie publique ou l'évacuation d'un logement insalubre, et encore l'arrêté du préfet rendant exécutoire le rôle des contributions directes et faisant ainsi naître la créance de l'État contre le contribuable. Cela est si vrai que ces actes donnent certainement lieu, suivant la terminologie du conseil d'État, à un contentieux de pleine juridiction, ce que j'appelle le contentieux subjectif. D'ailleurs, je m'expliquerai plus loin (§§ 28, 30 et 31) avec quelques développements sur la distinction du contentieux d'annulation et du contentieux de pleine juridiction ou, plus exactement, de la juridiction objective et de la juridiction subjective.

Hauriou ajoute que pour les actes d'autorité, l'administration reste libre de n'appliquer à ses décisions que des moyens d'introspection disciplinaire. Probablement il vise par cette formule le recours pour excès de pou-

voir. Or, ce recours est plus qu'un mode d'introspection *disciplinaire*, quel que soit le sens que l'on donne au mot *disciplinaire*, puisqu'il implique pour un tribunal indépendant de l'administration le pouvoir d'annuler pour une violation quelconque de la loi tous les effets juridiques d'un acte.

D'autre part, les actes de gestion ne seraient, d'après Hauriou, que les mesures d'exécution d'une décision exécutoire. Mais alors les actes de gestion ne sont que des opérations matérielles ; une mesure d'exécution ne peut être qu'une opération matérielle. Assurément, telle n'est pas la pensée d'Hauriou, et il voit des actes de gestion dans beaucoup d'actes qui sont autre chose que des opérations matérielles, par exemple dans tous les contrats que fait l'État. Mais alors je ne vois pas de quelle décision exécutoire un marché de fournitures, par exemple, fait spontanément par un ministre, est l'exécution.

Je ne veux pas pousser plus avant la discussion de cette théorie ; ma conclusion reste la même que dans la première édition. Hauriou, en un langage savant et nuageux, ne fait qu'exprimer une distinction très simple entre les actes réglementaires, d'une part, les actes administratifs proprement dits et les opérations administratives, d'autre part.

La vraie distinction des actes administratifs. — Il faudrait bien une bonne fois écarter définitivement de la terminologie du droit public ces expressions d'actes d'autorité et d'actes de gestion. Si, en droit, on veut faire une distinction des actes administratifs, il n'y en a pas d'autre que celle tirée de leur caractère juridique interne.

On doit mettre évidemment dans une catégorie à part les actes qui tendent à assurer le fonctionnement d'un service public et qui, cependant, n'ont pas le

caractère d'actes juridiques. Simples opérations matérielles accomplies par les agents publics, sans qu'ils aient l'intention qu'il se produise un effet de droit. J'ai dit plus haut pourquoi ces actes doivent, bien qu'ils n'aient pas le caractère juridique, être rangés dans la catégorie des actes administratifs. En même temps, il n'est point inutile de les mettre dans une classe à part, précisément parce qu'ils n'ont pas le caractère d'actes juridiques. Il en résulte, en effet, qu'ils ne seront susceptibles d'aucun recours d'annulation. On ne peut pas concevoir qu'un simple acte matériel puisse être annulé. D'autre part, dans les pays comme la France, qui pratiquent le système de la séparation du contentieux administratif et du contentieux judiciaire, la question de compétence ne se pose pas dans les mêmes termes pour les actes d'ordre matériel et pour les actes administratifs d'ordre juridique, et cela parce que, à l'occasion des actes administratifs matériels, ne peuvent se poser que des questions de responsabilité, responsabilité de l'administration ou responsabilité de l'administrateur.

Habituellement, il n'est pas difficile de reconnaître l'acte administratif matériel et de le distinguer de l'acte administratif juridique. Cependant, pour certains actes, la distinction présente quelques difficultés; je veux parler des ordres et des instructions de service.

Ordres et instructions. — Ne doivent pas être considérés comme des actes administratifs juridiques les ordres ou les instructions, individuels ou généraux, adressés par le fonctionnaire chef de service à ses subordonnés. La seule différence entre l'ordre et l'instruction est une différence de fait : l'ordre fixe d'une manière étroite la conduite que doit tenir le subordonné ; l'instruction lui laisse une liberté d'appréciation.

Les instructions ou ordres donnés par écrit et par

voie générale à un groupe de fonctionnaires portent le nom de *circulaires*. On est unanime à reconnaître que les circulaires, même émanant des ministres, n'ont aucune valeur juridique. Elles ne sont pas des actes administratifs proprement dits, puisqu'elles ne sont pas des actes individuels, et elles ne sont pas des règlements parce que l'auteur de la circulaire n'a pas eu l'intention de faire un règlement et qu'en général il n'aurait point eu compétence pour faire un règlement sur la matière objet de la circulaire. Deux conséquences résultent de cela : 1° le recours pour excès de pouvoir n'est point recevable contre les ordres ou instructions d'un supérieur hiérarchique; 2° le recours pour excès de pouvoir dirigé contre un acte administratif ne peut être fondé sur ce que cet acte administratif viole une disposition d'un ordre ou d'une instruction par voie générale.

On est d'accord sur ces points : mais la controverse est née lorsqu'on s'est demandé quel était le critérium qui permet de distinguer la circulaire du règlement. A mon avis, il n'y a pas d'autre critérium de fond que l'intention même de l'auteur de l'acte. Cependant, lorsque l'acte porte sur une matière sur laquelle le fonctionnaire n'a pas le pouvoir réglementaire, comme on ne peut pas présumer qu'il ait voulu faire un acte nul, on présumera qu'il y a simplement une circulaire.

Quant à l'instruction ou à l'ordre individuel adressé par le fonctionnaire supérieur à son subordonné, je pense, quoiqu'on ait quelquefois soutenu le contraire, qu'il ne produit point d'effet de droit et n'est point un acte administratif juridique proprement dit. Sans doute, l'inférieur qui ne se conforme pas à cet ordre pourra être l'objet d'un blâme, de la révocation même; mais par l'effet de l'ordre il ne naît point à sa charge une obligation juridique de faire ce qui lui est commandé.

Pour donner cette solution, je raisonne ainsi : ou bien la chose commandée était en dehors des attributions du fonctionnaire inférieur, alors l'ordre du fonctionnaire de violer la loi est évidemment sans valeur ; ou bien la chose commandée devait être faite par le fonctionnaire en vertu même de la loi et l'ordre supérieur ne peut rien ajouter à l'obligation fonctionnelle du subordonné ; ou bien la chose commandée par le supérieur était laissée par la loi à la libre appréciation du fonctionnaire, l'ordre du supérieur ne peut même dans ce cas lier juridiquement l'inférieur, car, s'il le liait, sa liberté d'appréciation serait supprimée et la loi de compétence qui a établi cette liberté d'appréciation serait violée.

On doit donc conclure que les ordres individuels, pas plus que les instructions et les ordres par voie générale des fonctionnaires supérieurs, ne sont des actes ayant le caractère juridique ; ce sont de simples opérations matérielles qui, par elles-mêmes, ne produisent aucun effet de droit, mais à l'occasion desquelles peut être engagée la responsabilité de l'État ou celle de l'agent.

Sur le caractère non juridique des ordres de service, instructions générales ou ordres individuels, cons. conseil d'État, 3 février 1911 (*Rossi*), *Recueil*, 1911, p. 125, et *Revue du droit public*, 1911, p. 685, avec une longue note de Jèze; 24 janvier 1912 (*Blot*), *Recueil*, p. 98, et S., 1913, III, p. 17, avec une note d'Hauriou ; 22 juin 1917, *Recueil*, p. 487, et D., 1918, III, p. 24. En outre, on lira utilement, Jèze, *Nature et régime juridique des instructions et ordres de service*, *Revue du droit public*, 1906, p. 246 et s.; Salemi, *Li circolari amministrative*, Palerme, 1913; Affolter, *Rechtsvorschrift und Verwaltungsvorschrift*, *Archiv des öffentliches Rechts*, XXVIII, 1911, p. 367 ; Grelot, *Essai d'une théorie juridique de l'instruction de service*, thèse Nancy, 1909.

Mettant ainsi à part les actes administratifs qui n'ont pas le caractère d'actes juridiques, on classera les actes administratifs juridiques tout naturellement de la même manière que l'on classe les actes juridiques en général, c'est-à-dire à raison de l'effet de droit qui leur est con-

sécutif. Je crois avoir établi (t. I, p. 211 et s.) qu'il n'y a que trois effets de droit possibles, parce qu'il ne peut pas y avoir d'autres modifications dans l'ordonnancement juridique : 1° établissement, modification ou suppression d'une règle de droit ; 2° création, modification ou suppression d'une situation juridique objective ; 3° création, modification ou suppression d'une situation juridique subjective.

Si l'on admet avec moi que les actes à la suite desquels est établie une règle nouvelle, ou modifiée, supprimée une règle antérieure, sont des actes législatifs et non point des actes administratifs, il ne reste que deux catégories d'actes administratifs au point de vue matériel : les actes administratifs conditionnant la naissance, la modification ou la suppression d'une situation juridique objective, lesquels sont des actes objectifs, et les actes administratifs subjectifs à la suite desquels prend naissance une situation juridique subjective, ou à la suite desquels est modifiée, supprimée une situation de cette espèce.

Il convient d'ailleurs de noter qu'au point de vue des recours, les actes-règles émanant d'organes ou d'agents administratifs sont traités comme des actes administratifs au sens matériel, de telle sorte que quand j'étudierai les recours contre les actes administratifs faits en violation de la loi, il y aura lieu de distinguer les actes-règles, les actes-conditions et les actes subjectifs ; et comme les actes-règles sont au premier chef des actes objectifs, il y aura lieu de distinguer, d'une part les actes objectifs comprenant à la fois les actes-règles et les actes-conditions, et d'autre part les actes subjectifs. Mais il n'y a pas lieu d'anticiper sur ce qui sera dit plus loin aux paragraphes 30 et 31, et surtout au tome III.

Enfin, en ce qui concerne les actes administratifs uni-

latéraux et les actes administratifs plurilatéraux, tout ce que j'ai dit au tome I, pages 268 et suivantes, s'applique tel quel aux actes administratifs. Que l'acte soit fait par un agent public ou par un simple particulier, il émane d'une volonté humaine; toutes les volontés humaines sont égales; par conséquent, il n'y a pas de raison pour que ce qui d'une manière générale est vrai des manifestations de volonté humaine ne soit pas vrai quand cette volonté est celle d'un agent public. La distinction que j'ai faite entre les divers actes plurilatéraux, contrats, actes d'union, actes collectifs, est exacte dans le droit public comme dans le droit privé, et j'ai eu le soin de prendre des exemples tirés de ces deux domaines. Il n'y a pas lieu de revenir sur tous ces points.

La question de savoir quand l'agent public agira par acte unilatéral, quand il agira par acte plurilatéral, ne peut pas recevoir de solution fixe. Effectivement, il est absolument impossible de dire *a priori,* en vertu d'un principe permanent, que dans tels cas l'agent public peut légalement intervenir par un acte unilatéral, que dans tels autres il est obligé de recourir au contrat. Tout ce que l'on peut faire, c'est déterminer le sens général de l'évolution juridique à ce point de vue. Peut-être peut-on soutenir que dans le domaine du droit public le rôle du contrat tend à s'accroître quand, au contraire, il tend à diminuer dans le domaine du droit privé. Mais c'est là un grave problème qu'il n'y a pas lieu d'aborder ici.

§ 27. — *L'acte public en tant qu'acte juridique.*

La théorie générale de l'acte juridique développée au tome I, chapitre III, pages 211 et suivantes, s'applique telle quelle à l'acte juridique public. En effet, l'acte

juridique a un certain caractère qu'il conserve quelle que soit la volonté humaine de laquelle il émane, que ce soit celle d'un simple particulier ou celle d'un agent public. Extérieurement, l'acte juridique public peut apparaître avec des caractères différents de ceux que présente l'acte juridique privé; mais au fond l'identité est parfaite. La chose est évidente, si l'on admet, comme je le soutiens, qu'en réalité il n'y a pas de puissance publique, que la volonté d'un agent étant une volonté humaine n'a pas plus de force que la volonté d'un simple particulier. Déjà, de ce point de vue, j'ai combattu énergiquement les doctrines qui veulent établir une séparation complète entre le droit public et le droit privé. Cf. t. I, p. 522 et s.

Je vais plus loin : je prétends que même en admettant le postulat de la puissance publique, on ne peut établir une différence entre l'acte juridique public et l'acte juridique privé. En effet, je crois avoir démontré (t. I, p. 232 et s.) et, à mon sens, c'est un point fondamental, que la volonté du déclarant n'est jamais la cause créatrice de l'effet de droit, que la déclaration de volonté est seulement la condition à laquelle est subordonnée la naissance de l'effet de droit déterminé par la règle de droit. S'il en est ainsi, la personnalité qui a fait l'acte est sans importance, et les éléments de l'acte juridique précédemment analysés se retrouvent tous tels quels dans tout acte juridique, public ou privé.

L'acte juridique public doit être étudié en lui-même, au point de vue matériel, abstraction faite complètement du caractère de l'organe ou de l'agent duquel il émane. Cependant, dans le droit moderne et particulièrement dans le droit de la France, il est impossible de ne pas tenir compte, à un certain point de vue, du caractère formel de l'acte. Je vise les actes émanés du parlement. Théoriquement, les actes juridiques sont absolument identi-

ques, qu'ils émanent du parlement ou d'un autre organe. Tout ce qui a été dit précédemment sur les caractères de l'acte juridique s'applique exactement aux actes faits par les chambres. Mais, comme le droit moderne en général, et notamment le droit français n'admettent pas encore la recevabilité des voies de recours contre les actes parlementaires, la théorie de l'acte juridique ne s'applique pas, en fait, aux actes émanés du parlement, parce qu'il n'y a pas un grand intérêt pratique à dire que tel ou tel élément manque dans un acte parlementaire, puisqu'aucune voie de droit n'est ouverte pour arriver à l'annulation.

D'autre part, lorsque l'acte émané du parlement est une disposition par voie générale, c'est-à-dire une loi à la fois matérielle et formelle, il peut être considéré, au moins jusqu'à preuve du contraire, comme appartenant au droit objectif fondamental du pays considéré. Sans doute, il n'y a pas, il ne peut pas y avoir coïncidence absolue entre le droit objectif normatif et la législation positive d'un pays. Celle-ci peut être en deçà ou au delà du droit objectif ou en contradiction avec le droit objectif. Cependant, comme nous sommes arrivés aujourd'hui dans l'évolution générale du droit à ce qu'on appelle le stade législatif, on peut raisonner comme s'il y avait coïncidence entre le droit législatif et le droit objectif. En le faisant, on commet une erreur sans doute, mais, suivant l'expression des mathématiciens, une erreur négligeable.

Cela dit, en montrant comment ma théorie générale de l'acte juridique se comporte en ce qui concerne l'acte public, je n'aurai en vue que l'acte fait par un agent ou un organe autre que le parlement, et en parlant du but et de l'objet qui doivent être conformes au droit, je considérerai le droit comme trouvant son expression dans la loi positive, comme coïncidant avec elle, l'erreur qu'on fait alors étant, je le répète, négligeable.

Dans l'acte juridique public, comme dans tout acte juridique, se retrouvent les cinq éléments qui ont été longuement analysés au tome I, pages 211 et suivantes. A savoir : 1° une manifestation ou déclaration de volonté ; 2° une certaine capacité appartenant à cette volonté ; 3° un objet de cette volonté ; 4° un but qui la détermine ; 5° une situation juridique qui est consécutive à sa manifestation.

1° *La manifestation ou la déclaration de volonté.* — Il faut non seulement un acte de volonté interne du sujet de droit considéré, mais un acte de volonté qui se manifeste à l'extérieur.

Une difficulté spéciale se présente pour ceux qui admettent la personnalité de l'État et des collectivités publiques. Si l'État et les personnes publiques ont une volonté, elle est en fait exprimée par des individus, représentants de l'État ou de la personne publique. Quel rapport ont, avec la personne publique, les individus qui expriment sa volonté ? La question ne vient pas ici et sera étudiée naturellement au chapitre III.

Les législations modernes ont abandonné le formalisme de l'ancien droit, et aujourd'hui, pas plus dans le droit public que dans le droit privé, la déclaration de volonté, pour produire un effet de droit, n'a besoin d'être exprimée dans une formule consacrée. Mais il faut que la manifestation de volonté, pour former le premier élément de tout acte juridique, public ou autre, ait lieu de telle façon qu'il ne puisse pas y avoir de doute sur la réalité de cette déclaration de volonté. Le droit public français, sans exiger une formule solennelle, exige en principe que la volonté de l'agent public soit exprimée par écrit. Cet écrit n'est point soumis à une forme particulière. On trouverait même peut-être des cas où l'acte administratif est valable sans qu'il y ait aucun écrit.

La déclaration de volonté d'un agent public doit souvent être accompagnée de formalités, minutieusement décrites par les lois et les règlements et qui ont pour but à la fois la bonne administration des intérêts publics et la protection des intérêts individuels. Ces formalités, très nombreuses et très diverses, peuvent cependant se classer en quelques groupes généraux : enquêtes où le public est appelé à donner son avis sur l'utilité d'une opération administrative projetée ; expertises ou autres vérifications ; avis donnés par des corps, le conseil d'État, les conseils administratifs locaux ou des conseils techniques ; mises en demeure préalables. Logiquement, toute formalité exigée par la loi est exigée à peine de nullité, parce qu'à la suite de l'acte administratif se produisent certains effets particulièrement rigoureux au point de vue de l'exécution et que, dès lors, pour que ces formalités soient une garantie vraiment efficace, il faut que leur inaccomplissement total ou partiel entraîne la nullité de l'acte.

Le premier élément de l'acte juridique public, comme de tout acte juridique, est donc une déclaration de volonté. Cependant, cette règle subit dans le droit français une exception notable. Parfois la loi présume qu'il y a eu déclaration de volonté de l'administrateur ; et les choses se passent comme s'il y avait eu manifestation réelle de volonté. Il y a alors acte administratif présumé légalement. Je fais allusion à la disposition de l'article 3 de la loi du 17 juillet 1900 : « Dans les affaires contentieuses, qui ne peuvent être introduites devant le conseil d'État que sous la forme de recours contre une décision administrative, lorsqu'un délai de plus de quatre mois s'est écoulé sans qu'il soit intervenu aucune décision, les parties intéressées peuvent considérer leur demande comme rejetée et se pourvoir au conseil d'État. »

Habituellement, l'administrateur agit spontanément, mais il arrive souvent que l'administrateur ne veut ou ne peut agir que sur la demande de l'administré. Par exemple, lorsqu'il s'agit d'autorisation de police ou de décision à prendre sur un marché de l'État, l'intéressé s'adresse à l'administrateur et ne peut s'adresser à la juridiction administrative qu'après la décision de l'administrateur. Avant la loi de 1900, si celui-ci gardait le silence indéfiniment, l'intéressé ne pouvait le forcer à répondre et ne pouvait attaquer son silence par un recours contentieux, puisqu'il n'y avait pas d'acte administratif. Le législateur de 1900 est intervenu et a décidé que, lorsque l'administrateur aura gardé le silence pendant quatre mois, il y aura décision de rejet présumée et que le recours contentieux sera possible. Disposition féconde et qui soumet plus étroitement que par le passé l'administration à la prise du droit.

De la volonté réelle et de la volonté déclarée. — A propos de la déclaration de volonté dans l'acte public se présente, d'une manière particulièrement pressante, la question qui, je l'ai montré au tome I, page 238, se pose pour toute déclaration de volonté dans un acte juridique quelconque. Elle peut se formuler d'une manière générale ainsi : une déclaration de volonté ayant eu lieu, peut-on être admis à démontrer que la volonté réelle du déclarant ne coïncide pas avec les termes de la déclaration de volonté, que le contenu de la volonté interne ne coïncide pas avec le contenu de la volonté déclarée?

Il semble résulter de l'article 1150 du code civil que dans le droit civil classique on est toujours admis à prouver, pour déterminer les effets d'un acte juridique, que le contenu de la volonté réelle n'a pas coïncidé avec le contenu de la volonté déclarée, à établir la volonté *vraie* du déclarant derrière la formule de la

déclaration. Ce système paraît, au premier abord, très logique, très équitable. Mais en y réfléchissant, on s'aperçoit qu'il présente de graves inconvénients et qu'il n'est point aussi logique qu'il le paraît à un observateur superficiel. En effet, il ouvre une source inépuisable de procès ; il favorise l'arbitraire du juge ; il peut faire disparaître la confiance qui doit exister dans les relations juridiques ; il favorise le plaideur de mauvaise foi, en lui permettant d'invoquer des restrictions mentales.

D'autre part, ce qui conditionne l'effet de droit, ce qui constitue l'acte juridique, ce n'est point un phénomène de volonté interne, simple phénomène de psychologie individuelle qui ne peut avoir aucune conséquence sociale. Ce qui peut provoquer une réaction sociale et ce qui doit, par suite, entrer seul en compte pour le juriste, c'est la manifestation extérieure d'une volonté. Par conséquent, on ne peut être admis en principe à prouver que le contenu de la volonté interne est différent du contenu de la volonté *déclarée*, parce que seule la volonté déclarée peut être un fait social et conditionner un effet de droit ; la volonté interne reste un fait individuel qui ne peut avoir de conséquence sociale et ne peut produire aucun effet de droit.

Ce qui ne veut pas dire, bien entendu, que la déclaration de volonté, comme telle, puisse conditionner un effet de droit alors même qu'il n'y ait pas derrière elle une volonté réelle. La volonté réelle peut seule conditionner un effet de droit, mais elle ne le peut que si elle est déclarée et dans les limites où elle est déclarée, parce qu'alors seulement elle est un fait social.

Cette théorie de la déclaration de volonté doit s'appliquer incontestablement aux actes administratifs. C'est pour eux particulièrement qu'il y aurait de graves inconvénients pratiques à pouvoir discuter le contenu

de la déclaration de volonté. En outre, la volonté de l'agent public comme celle du particulier ne peut conditionner un effet de droit que lorsqu'elle s'est manifestée à l'extérieur et dans les limites où elle s'est manifestée, parce qu'il n'y a qu'à cette condition et dans ces limites qu'elle est un acte social.

D'autre part, si l'on admet que l'agent qui fait l'acte administratif n'est que le représentant d'une personne publique, on ne peut certainement tenir compte que de la volonté déclarée. La volonté intérieure et réelle de l'agent, mais non extérieurement manifestée, est sa volonté personnelle et non point une volonté représentative d'une personne publique. L'agent n'est le représentant de la personne publique que lorsqu'il manifeste sa volonté dans les formes et sous les conditions prescrites par la loi pour que cette volonté, qui en réalité est la sienne propre, soit considérée comme la volonté de la personne publique au nom de laquelle il veut. En droit public, pas plus d'ailleurs qu'en droit privé, on ne doit jamais être admis à prouver que la volonté réelle du déclarant est différente en qualité ou en quantité du contenu de la déclaration.

Cf. Hauriou et de Bézine, *De la déclaration de volonté en droit administratif*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, p. 543; Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, 1904, p. 61, note 3. V. la bibliographie donnée au t. I, p. 239 et 240.

Il convient d'ajouter et de redire avec quelque insistance que pas plus en droit public qu'en droit privé ce n'est la volonté du sujet qui est la cause efficiente de l'effet de droit. En droit public, comme en droit privé, l'acte de volonté est la condition de l'effet juridique. La modification qui se produit dans l'ordonnancement juridique à la suite d'un acte n'a pas pour cause efficiente cet acte; elle est seulement conditionnée par lui. Quand on y réfléchit quelque peu, on se demande comment la question a pu soulever en Allemagne tant de

controverses et comment en France on affirme, en général, comme un dogme que la volonté est la cause efficiente de l'effet juridique.

J'ai montré au tome I, pages 332 et suivantes, que la volonté ne peut avoir d'action que sur le corps du sujet, qu'elle ne peut donner naissance qu'à un mouvement corporel de celui-ci et que ce mouvement s'étant produit, c'est par application d'une loi naturelle, absolument indépendante de la volonté, que certains phénomènes se produisent, un phénomène d'ordre physique ou biologique par application des lois physiques et des lois biologiques, un phénomène d'ordre social et spécialement d'ordre juridique par application des lois sociales et juridiques. Il n'en est pas autrement que l'acte de volonté émane d'un agent public ou d'un simple particulier. C'est toujours une volonté humaine qui se manifeste, et cette volonté ne peut être d'une essence différente ou avoir une force différente quand elle est celle d'un agent public ou d'un simple particulier. L'agent serait-il, comme le prétendent en général les doctrines allemandes, comme l'enseigne Michoud, un organe de l'État, c'est-à-dire exprimerait-il directement la volonté de la personne publique État, il n'en serait pas autrement, parce que cette prétendue volonté de l'État existerait-elle qu'elle ne serait elle-même qu'une volonté humaine et que, par conséquent, elle n'aurait pas plus que les autres une vertu créatrice propre. Aucune volonté humaine n'en possède, pas plus la volonté de l'État que toute autre. Au reste, on a montré au tome I (p. 441 et s.) que toutes les doctrines qui enseignent que l'État est une personne possédant une volonté souveraine se placent en dehors de la réalité et ne peuvent pas être un moment admises dans une conception vraiment réaliste de l'État.

Qu'on remarque bien que ce n'est point, comme quel-

ques ignorants l'ont prétendu, une question de mots que de dire : dans l'acte juridique public, comme dans l'acte juridique privé, la volonté n'est pas la cause efficiente, mais seulement la condition de la situation juridique consécutive à l'acte. En effet, on écarte par là toutes les questions de représentation qui, depuis des siècles, ont provoqué entre les juristes d'interminables controverses, particulièrement dans le droit public. Si l'on admet, en effet, l'existence de personnes juridiques de droit public et particulièrement l'existence de l'État comme personnalité juridique, si l'on admet que c'est la volonté de l'auteur de l'acte qui crée l'effet de droit, toutes les fois qu'un acte est fait au nom de l'État, il faut admettre que c'est la volonté de l'État qui est la cause créatrice de la situation juridique qui se produit. Mais cette volonté de l'État échappe à l'observateur qui ne peut constater autre chose que la manifestation de la volonté de l'agent et qui ne peut affirmer autre chose. Il reste alors à expliquer comment cette manifestation de volonté de l'agent équivaut à une manifestation de la volonté de l'État. Malgré des prodiges de subtilité, on n'a pas trouvé d'autre explication que la fiction de la représentation, soit qu'on admette avec la doctrine allemande la théorie juridique de l'organe ou avec la doctrine française la doctrine juridique du mandat avec représentation. Mais précisément, par cela seul que toutes ces doctrines reposent, au fond, sur une fiction, elles sont totalement dépourvues de valeur. On peut, par de savantes dissertations sur la technique juridique, tenter de leur en donner une. Tentative inutile, fatalement vouée à l'échec. On finira bien, tôt ou tard, par s'apercevoir que tout ce fatras de discussions et de fictions ne sert de rien. La volonté d'un agent se manifestant conformément au droit objectif, un effet de droit se produit par application de la loi juridique

comme un effet physique ou biologique se produit consécutivement à un acte de volonté par application des lois physiques ou biologiques, et je ne parviens pas à comprendre comment, pour expliquer ce qui se passe, on imagine telle ou telle conception, plus ou moins subtile, plus ou moins ingénieuse, de représentation.

2° *La capacité de l'agent public.* — Tout ce que j'ai dit au tome I (p. 240 et s.) sur la capacité en général s'applique à la capacité des agents publics. Seulement, dans le droit positif, cette capacité des agents publics est naturellement très minutieusement déterminée, encore plus que celle des particuliers. Il est indispensable qu'il en soit ainsi, à cause même du grand nombre des agents et pour protéger les particuliers contre l'arbitraire. La répartition des fonctions entre les divers agents est la condition indispensable de tout bon gouvernement.

Il y a des choses que l'agent public ne peut pas juridiquement vouloir à cause de la nature même de la chose. Ainsi il est d'évidence que l'agent public, pas plus qu'un simple particulier, ne peut juridiquement vouloir un résultat qui constitue une infraction pénale. Mais la question de l'objet possible du *vouloir juridique* se pose d'une façon particulière pour l'acte public.

En effet, il est incontestable que l'agent public n'a pas compétence pour vouloir juridiquement toute chose licite. Agissant au nom du gouvernement, il ne peut vouloir efficacement que s'il veut en vue des buts dont la réalisation s'impose aux gouvernants. On a montré au paragraphe 8 que l'activité dont les gouvernants sont obligés d'assurer l'accomplissement constitue l'élément essentiel des services publics. C'est pourquoi on peut dire qu'un agent administratif n'est compétent pour

vouloir une chose que dans la mesure où elle se rattache au fonctionnement d'un service public.

Dans les pays modernes, beaucoup de services publics sont décentralisés, soit par régions (services publics communaux, départementaux), soit par établissements (service public d'assistance, service public d'enseignement). Les agents administratifs chargés d'assurer le fonctionnement de ces services ainsi décentralisés ne peuvent vouloir juridiquement que les choses qui se rapportent auxdits services. Comme dans la doctrine courante on admet la personnalité du département, de la commune et des établissements publics, la règle logique que je viens d'indiquer est connue sous le nom de règle de la spécialité des personnes administratives.

Quelques lois en ont fait l'application : L. 1er juillet 1901, art. 6 et 11 ; L. 9 décembre 1905, art. 14 et 18. A mon sens, la règle de la spécialité se trouve impliquée par l'article 61, § 1, de la loi municipale du 5 avril 1884. La jurisprudence a fait de nombreuses applications de cette règle. Cf. Tissier, *Répertoire du droit administratif*, v° *Dons et legs*, n° 3226 et s. ; Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, 2e partie, p. 154 et s.

En second lieu, chaque agent ne peut vouloir juridiquement que dans un certain domaine, et dans ce domaine qu'un certain nombre de choses. Ce pouvoir, qui appartient à chaque organe ou agent, de vouloir un certain nombre de choses dans un certain domaine, forme sa *compétence*. Tout acte fait par un organe ou un agent en dehors de sa compétence est nul. Quel est exactement le caractère de la compétence? Quel est le caractère de la nullité qui frappe un acte fait par un agent incompétent? Comment cette nullité est-elle sanctionnée? Ce sont autant de questions qui seront étudiées dans la suite.

3° *L'objet de l'acte public.* — Comme pour l'acte juridique en général, il faut distinguer ce que j'ai appelé l'objet médiat et l'objet immédiat (Cf. t. I, p. 246 et s.).

L'objet immédiat est l'acte corporel que fait le sujet ; et cet acte corporel est seul un produit de la volonté. L'objet immédiat du vouloir juridique est exclusivement la déclaration de volonté, quelle que soit la forme en laquelle elle se produise, déclaration verbale, déclaration écrite, avec ou sans formule solennelle, déclaration précédée ou accompagnée de formalités, peu importe. L'objet immédiat du vouloir juridique apparaît nettement quand il y a des formalités exigées par le droit objectif. Dans le cas contraire, c'est la simple déclaration de volonté et seulement elle qui est l'objet immédiat du vouloir juridique. Je me suis expliqué sur ce point avec quelques développements au tome I, pages 246 et suivantes; il est inutile d'y revenir.

Ce qui est vrai de l'acte juridique en général, l'est aussi de l'acte juridique public. Le vouloir juridique est caractérisé par ce fait que son objet immédiat est uniquement sa manifestation à l'extérieur ; c'est cette manifestation, cette déclaration qui est la condition de l'effet juridique, lequel ne forme que l'objet médiat du vouloir et en réalité n'est pas produit par lui.

L'objet médiat de l'acte juridique est l'effet de droit que l'auteur de l'acte sait devoir se produire consécutivement à la déclaration de volonté faite conformément au droit objectif. C'est ce qu'on appelle très souvent l'intention. Il faut incontestablement que la situation dont le déclarant a l'intention de provoquer la naissance par sa déclaration de volonté soit conforme au droit, et quant à son objet et quant à la capacité du déclarant. Il en est ainsi évidemment alors même que la manifestation de volonté a lieu dans les formes légales. A l'inverse, la situation que l'agent a l'intention de provoquer ne naîtrait point si la manifestation de volonté était elle-même contraire au droit. C'est ce que j'exprimais à la page 247 du tome I, en disant : il faut que

l'objet immédiat et l'objet médiat soient conformes au droit. Les voies de droit ouvertes par le droit moderne et particulièrement par le droit français pour obtenir alors l'annulation de l'acte seront étudiées au tome III de cet ouvrage.

4° *Le but déterminant.* — Toute la théorie du but dans l'acte juridique que j'exposais au tome I, pages 248 et suivantes, trouve son application en ce qui concerne l'acte juridique public. Aussi bien par la jurisprudence si intéressante du conseil d'État sur le détournement de pouvoirs, elle prend un relief, une précision et une étendue d'application qu'elle est bien loin d'avoir dans la doctrine et la jurisprudence du droit privé.

Je rappelle que le but déterminant d'un acte quelconque de volonté est la représentation que se forme le sujet que, s'il agit de telle ou telle manière, cela aura pour conséquence d'assurer ou de faciliter la réalisation d'un autre vouloir antérieur ou postérieur chez lui ou chez une autre personne. Toute la théorie du but dans l'acte juridique que j'ai développée au tome I, pages 248 et suivantes, s'applique telle quelle à l'acte public unilatéral ou plurilatéral (acte collectif, union, contrat). Cependant, lorsqu'il s'agit d'un acte objectif, les applications de la notion de but sont particulièrement intéressantes. Elles ont donné lieu à la très remarquable jurisprudence du détournement de pouvoir. Si les civilistes avaient connu et essayé de comprendre cette jurisprudence, ils n'auraient pas écrit la montagne de dissertations inutiles sur la théorie de la cause équivalent; ils auraient compris que, quel que soit l'acte juridique de droit privé ou de droit public, ce qu'ils appellent improprement la cause est le motif déterminant de la volition, que le motif ne se confond pas avec l'objet, ni avec l'objet immédiat, ni avec l'objet médiat, et qu'il forme un élément essentiel de tout acte juridique. Le

motif ou but déterminant joue un rôle extrêmement important dans l'activité juridique de l'administration. C'est, en effet, d'après la légalité du but déterminant que s'apprécie très souvent la validité d'un acte public. Sans doute, il arrive que l'acte public a un objet illégal et de ce fait est frappé de nullité. L'irrégularité de l'acte apparaît alors aisément. Mais très souvent aussi l'acte est parfaitement légal si l'on ne considère que l'objet ; si l'on recherche le but qui l'a déterminé, on s'aperçoit qu'il est vicié, et ce point est d'autant plus important que sa détermination demande parfois une délicate analyse.

Le droit public moderne fait une place de plus en plus importante au but dans l'acte public, et par là il assure une protection particulièrement efficace du particulier contre l'arbitraire des agents publics. La jurisprudence française consacrée par la loi positive (L. 24 mai 1872, art. 9) a créé et organisé une voie de droit particulièrement énergique pour réprimer toutes les violations du droit objectif, non seulement en ce qui concerne la capacité de l'agent et l'objet de l'acte, mais encore en ce qui concerne le but pouvant légalement déterminer l'agent public dans l'accomplissement des actes de sa compétence. C'est le recours pour excès de pouvoir, qui prend le nom de recours pour détournement de pouvoir quand il est fondé sur l'illégalité du but.

Le point primordial qu'il importe de mettre tout d'abord en relief, c'est qu'un acte fait par un agent public doit être déterminé par un but de service public, que sinon il cesse par là même d'être un acte public quoique fait par un agent public. Et cela est parfaitement logique.

Si la souveraineté n'existe pas, s'il est impossible de dire que l'agent public est l'organe d'une puissance quel-

conque, possède une volonté différente de celle dont est investi tout être humain, l'acte qu'il fait ne peut avoir un caractère propre qu'à raison du but qui le détermine. C'est vrai, je l'ai déjà montré au tome I, pages 247 et suivantes, pour l'acte juridique en général ; c'est vrai aussi pour l'acte juridique public. Socialement parlant, un acte tire toujours sa valeur, non pas de la volonté de laquelle il émane, mais du but en vue duquel il est fait. Cela est vrai de tous les actes juridiques comme de tous les actes de volonté. Hauriou a fait justement observer à plusieurs reprises que cela apparaissait notamment d'une manière frappante pour les actes de commerce, dont le caractère est déterminé par le but en vue duquel ils sont faits et non par la qualité de la personne qui les fait, celle-ci pouvant constituer tout au plus une présomption en faveur de la commercialité.

De même, l'acte fait par un agent public n'est pas un acte public parce qu'il émane d'un tel agent. Il n'est un acte public que lorsqu'il est déterminé par un but de service public ; et tout ce qu'on peut dire c'est que l'acte émané d'un agent public doit être présumé un acte public. Mais l'intéressé est toujours recevable à soutenir et à prouver qu'en fait l'agent dont l'acte émane a été déterminé par un but étranger à tout service public; que, par conséquent, si en apparence l'acte est un acte public, il ne l'est pas au fond et qu'il constitue ce qu'on doit appeler une usurpation de pouvoir ou un abus de pouvoir susceptible d'entraîner la responsabilité personnelle de l'agent, la question étant de la compétence des tribunaux judiciaires dans les pays qui admettent, comme la France, le système des deux catégories de juridictions, judiciaires et administratives.

La notion du but déterminant et du rôle essentiel

qu'il joue dans la nature de l'acte juridique entraîne encore une conséquence extrêmement importante. Il ne suffit pas pour que l'acte public soit régulier qu'en le faisant l'agent public ait été déterminé par un but de service public quelconque ; il faut encore qu'il l'ait été par le but même qu'avait en vue le droit objectif en lui donnant compétence pour le faire. L'acte considéré peut être régulier quant à son objet, parce qu'il porte exactement sur un objet rentrant dans la compétence de l'agent. Celui-ci peut avoir été en agissant déterminé par un but de service public. Cependant l'acte est irrégulier si le but de service public qui a déterminé l'agent n'était pas celui que la loi avait en vue en lui donnant compétence sur cet objet.

C'est là une solution qui se rattache directement à la conception exacte de l'acte juridique et à la claire notion du rôle que joue l'élément but dans tout acte de volonté. Lorsqu'il s'agit d'un acte public et que l'agent a été déterminé par un but sans doute de service public, mais étranger à celui que la loi avait en vue en lui donnant compétence, on dit qu'il y a détournement de pouvoir. Mais l'irrégularité est évidemment moins grave que dans le cas précédent où l'agent avait été déterminé par un but étranger à tout service public. Il y a maintenant détournement de pouvoir simple et non pas usurpation ou abus de pouvoir. La responsabilité personnelle de l'agent n'est pas engagée, et l'annulation de l'acte ne peut être prononcée que par un tribunal administratif dans les pays qui pratiquent la séparation des deux catégories de juridictions.

Cette limitation de la compétence non seulement quant à l'objet de l'acte, mais encore quant au but qui le détermine, constitue une garantie très forte contre l'arbitraire des agents publics. La conséquence en est, en effet, que rien n'est plus laissé à l'appréciation dis-

crétionnaire de l'agent administratif, qu'il n'y a plus maintenant ce qu'on appelait autrefois les actes discrétionnaires ou de pure administration. Tout intéressé, en effet, est recevable à demander au tribunal compétent de décider que l'agent public qui a fait l'acte n'a pas été déterminé par le but en vue duquel seulement le droit objectif lui permettait d'agir.

Il est bien entendu que cette notion de but dans l'acte juridique et les conséquences qui s'y rattachent ne sont pas spéciales aux actes publics, mais trouvent leur application à tout acte juridique. J'ai signalé au tome I, page 248, les longues controverses qui se sont élevées entre les juristes civilistes au sujet de ce qu'ils appellent la cause dans l'obligation et qui n'est en réalité autre chose que le but déterminant l'acte de volonté; j'ai montré comment ils auraient évité toutes ces fastidieuses controverses s'ils avaient fait une analyse exacte de l'acte juridique en tant qu'acte de volonté. C'est aussi au fond la notion de but déterminant qui se retrouve dans la théorie mal venue que les civilistes ont essayé d'édifier sous le nom de théorie de l'abus de droit et dans laquelle ils disent qu'il y a abus de droit toutes les fois qu'il y a exercice anormal d'un droit. Cf. t. I, p. 173 et s. On leur a dit qu'il ne faut pas raisonner ainsi parce qu'en admettant l'existence du droit subjectif, le droit cesse précisément là où l'abus commence. Ce qu'il fallait dire et ce qu'ils n'ont pas dit, c'est qu'un particulier qui a capacité de faire un acte sur tel ou tel objet n'a cette capacité qu'à la condition qu'en faisant cet acte il soit déterminé par un certain but qu'a eu en vue le droit objectif en la lui donnant; que s'il est déterminé par un autre but, son acte n'est plus régulier, peut entraîner sa responsabilité, et, s'il est un acte juridique, peut être annulé. C'est exactement la même idée, avec les mêmes consé-

quences que pour l'acte public. Ce n'est point étonnant, car il n'y a pas ici la décision arbitraire d'un législateur ou les conclusions artificielles d'une doctrine préconçue, mais des solutions se rattachant logiquement au caractère de tout acte de volonté découlant de la nature même de la volonté humaine, et ajoutons, susceptible pratiquement de réduire au minimum l'arbitraire dans les relations humaines.

Si la théorie du but est exactement la même pour les actes publics et pour les actes privés, il est incontestable que dans tous les pays qui pratiquent la distinction des juridictions administratives et des juridictions judiciaires, particulièrement en France, la jurisprudence des tribunaux administratifs est considérablement en avance sur la jurisprudence des tribunaux judiciaires en ce qui concerne les applications du principe.

On peut dire qu'aujourd'hui en France il n'y a plus d'actes discrétionnaires ou de pure administration, c'est-à-dire d'actes pour lesquels l'intéressé ne serait pas recevable à demander l'annulation au conseil d'État en soutenant que l'agent public, en le faisant, a été déterminé par un but autre que celui que la loi avait en vue en lui donnant sa compétence, et *a fortiori*, à soutenir que l'agent a été déterminé par un but étranger à tout service public. Le législateur a consacré dans certains cas expressément cette jurisprudence en réservant le recours au conseil d'État statuant au contentieux contre les actes pour lesquels il donne compétence à certains fonctionnaires. Quelques-unes de ces décisions législatives seront indiquées plus loin. Mais la théorie du détournement de pouvoir étant une création jurisprudentielle dont le législateur s'est borné à consacrer quelques applications, il importe d'abord de rapporter quelques décisions de jurisprudence parmi les plus importantes et les plus caractéristiques.

Le conseil d'État a annulé pour détournement de pouvoir le décret par lequel le gouvernement, invoquant l'article 43 de la loi du 5 avril 1884, prononce la dissolution d'un conseil municipal dans le but d'obtenir le redressement d'irrégularités qui se seraient produites au cours des élections municipales; le gouvernement ne peut prononcer la dissolution d'un conseil municipal qu'en vue d'assurer la bonne administration de la commune (31 janvier 1902, *Recueil*, p. 55, et S., 1903, III, p. 113, avec une note d'Hauriou). Le conseil d'État a encore annulé pour détournement de pouvoir une décision du ministre de la Guerre excluant un négociant en grains des marchés et adjudications du service de la guerre, parce que le ministre s'était fondé sur des motifs étrangers soit à l'exécution des marchés, soit à la situation ou à la capacité professionnelle du négociant (4 août 1905, *Recueil*, p. 757, avec les conclusions de M. Saint-Paul). Le conseil d'État a annulé pour détournement de pouvoir l'arrêté d'un maire « qui, en frappant un agent de police de suspension, a agi dans un autre but que la sauvegarde des intérêts qui lui sont confiés » (16 novembre 1900, *Recueil*, p. 617, et S., 1901, III, p. 57, avec une note d'Hauriou).

Le conseil d'État a annulé les dispositions d'un arrêté du maire des Arcs limitant les sonneries des cloches de l'église à certaines heures : « Considérant qu'aucun motif tiré de la nécessité de maintenir l'ordre et la tranquillité publique ne pouvait être invoqué... » (12 février 1909, *Recueil*, p. 157). Rapp. conseil d'État, 5 août 1908, *Recueil*, p. 858 et les conclusions de M. Saint-Paul, et 30 juillet 1909 (*com. de Besse*), *Recueil*, p. 781. Le conseil d'État a annulé les dispositions d'un arrêté du maire de Sens qui interdit au clergé d'accompagner à pied, en habits sacerdotaux, les convois funèbres, « considérant qu'il résulte de l'instruction que dans la ville de Sens aucun motif tiré de la nécessité de maintenir l'ordre sur la voie publique ne pouvait être invoqué par le maire de réglementer dans les conditions fixées par son arrêté les convois funèbres... » (19 février 1909, *Olivier*, *Recueil*, p. 180, conclusions de M. Chardenet, commissaire du gouvernement, et S., 1909, III, p. 34). Rapp. cons. d'État, 19 mars 1909 pour le port du viatique, *Recueil*, p. 307, les conclusions de M. Saint-Paul; 21 mai 1909, *Recueil*, p. 512, annulant pour les mêmes motifs un arrêté du maire de Villeneuve-lès-Maguelonne, édictant des dispositions analogues à celles de l'arrêté du maire de Sens; 21 janvier 1910 (*Gomot*), *Recueil*, p. 49, avec les conclusions de M. Saint-Paul; 4 mars 1910 (*Girard*), *Recueil*, p. 192; 29 mars 1912

(*Neuilly-Plaisance*), *Recueil*, 1912, p. 446, avec les conclusions de M. Pichat; deux arrêts du 22 juin 1917, l'un (*abbé Didier*) annulant l'arrêté d'un maire interdisant sans motif tiré de la tranquillité publique toute cérémonie religieuse sur la voie publique, et l'autre annulant la décision d'un maire qui subordonnait l'autorisation demandée par des sociétés de défiler sur la voie publique à la condition qu'aucun ecclésiastique ne prendrait part au défilé (*Bouhey*), avec les conclusions de M. Corneille dans les deux affaires (*Recueil*, p. 494 et 495). Il est à noter que dans ces divers arrêts le conseil d'État parle, non pas de *détournement de pouvoir*, mais d'excès de pouvoir, ou encore du fonctionnaire « qui a fait de ses pouvoirs un usage non autorisé par la loi »; ce qui montre bien que le détournement de pouvoir est véritablement une violation de la loi de compétence.

Cf. en sens contraire des décisions précitées du conseil d'État, deux arrêts de la chambre criminelle de la cour de cassation, 2 août 1907 et 28 février 1908, *Revue générale d'administration*, 1908, III, p. 444. Cette divergence tient certainement à ce que la cour de cassation n'a pas encore tout à fait compris la notion, cependant essentielle, de détournement de pouvoir. Toutefois, par son arrêt du 1er juillet 1909 (S., 1910, I, p. 153), en reconnaissant l'illégalité d'un arrêté d'un maire réglementant abusivement les sonneries des cloches, elle paraît avoir entrevu cette notion de détournement de pouvoir. Cf. Jèze, *Revue du droit public*, 1910, p. 69. A plusieurs reprises aussi, la cour de cassation paraît avoir admis la notion de détournement de pouvoir en déclarant illégal l'arrêté par lequel le maire retire une autorisation de voirie en vue d'un but autre que la police ou la protection du domaine public municipal, « attendu que l'usage que le maire fait alors de ses pouvoirs n'est pas conforme au but en vue duquel ils lui sont donnés » (Cass. crim., 25 octobre 1900, D., 1901, 1, p. 206). Rapp. Cass. crim., 31 décembre 1903, *Revue générale d'administration*, 1904, II, p. 307.

Cependant dans deux arrêts du 7 juillet 1917, le conseil d'État déclare non recevable le moyen de recours fondé sur ce que le retrait de naturalisation prononcé contre un étranger en vertu de l'article 2 de la loi du 7 avril 1915 a été déterminé par un but autre que celui que la loi avait en vue : « Considérant, est-il dit dans ces deux arrêts, que le législateur a entendu laisser à l'appréciation du gouvernement seul le soin de décider souverainement quelles sont celles des naturalisations postérieures au 1er janvier 1913 qui seront maintenues et celles qui seront rapportées; que,

par suite, le sieur L... n'est pas recevable à discuter devant le conseil d'État l'opportunité de la mesure prise à son égard » (*Recueil*, 1916, p. 277; S., 1917, III, p. 41, avec une note d'Hauriou).

Quelle est exactement la portée de ces décisions ? Doit-on en conclure que l'acte par lequel le gouvernement retire une naturalisation conformément à la loi du 7 avril 1915 est un acte discrétionnaire ou de pure administration au sens absolu de ces expressions ? Doit-on en conclure qu'un acte de cette espèce est valable quel que soit le but qui l'a déterminé ? Je ne le crois pas et Hauriou non plus. Assurément, il y a des actes, et celui dont il s'agit en est un, à l'occasion desquels l'agent public peut apprécier discrétionnairement l'opportunité. Il en est d'autres, au contraire, qui sont irréguliers quand l'agent administratif les fait malgré l'existence de certaines conditions de fait. Il y a, suivant l'expression d'Hauriou, des degrés dans l'étendue des pouvoirs d'appréciation appartenant à l'agent. Mais jamais celui-ci ne peut avoir un pouvoir d'appréciation discrétionnaire illimité. Hauriou écrit très justement : « Dans nos affaires, les requérants n'invoquaient que des cas de violation de la loi. S'ils avaient invoqué un cas de détournement de pouvoir, le conseil d'État eût examiné avec la même attention la question de savoir si le ministre n'avait pas violé la règle morale qui lui enjoint de n'agir que pour le bien du service » (S., 1917, III, p. 42, à la fin de la note).

En d'autres termes, pour être régulier, le retrait de la naturalisation doit toujours être déterminé par un but de service public. Voilà l'essentiel. Mais quand il est déterminé par un pareil but le gouvernement peut apprécier discrétionnairement les faits.

Il faut noter que la loi du 7 avril 1915 a été modifiée profondément par la loi du 18 juin 1917 qui donne au tribunal civil compétence pour prononcer le retrait de la naturalisation. Le tribunal statue contradictoirement; son jugement doit être lu en séance publique et il est susceptible d'appel. Le pourvoi en cassation est possible; il est porté directement devant la chambre civile.

Sur le pouvoir discrétionnaire, cons. Michoud, *Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, 1913, ouvrage fondamental sur la question avec une bibliographie très étendue; Renault, *Des actes discrétionnaires*, thèse Paris, 1899; Laun, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, 1910; Tezner, *Das* détournement de pouvoir *und die deutsche Rechtsbeschverde*, réponse à l'ouvrage de Laun insérée dans *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*,

V, 1911, p. 67 et s.; Walter Jellinek, *Gesetz, Gesetzeswendung und Zweckmassigkeitserwägung*, 1913.

De cette jurisprudence du conseil d'État et des études publiées par les auteurs précités, il me paraît découler les conclusions suivantes, qui sont rationnelles et cadrent parfaitement avec la notion de but déterminant en ce qui concerne l'activité des agents publics.

Au moment de faire un acte, l'agent public a toujours et doit avoir toujours une certaine liberté d'appréciation sur le point de savoir s'il est opportun ou non qu'il le fasse. Il ne peut pas en être autrement. Le simple particulier a cette liberté d'appréciation; l'agent public ne peut pas ne pas l'avoir. S'il en était autrement, il serait une sorte d'automate accomplissant inconsciemment les actes publics. Dans l'intérêt même des services publics, il ne peut en être ainsi. Certains auteurs disent qu'il y a là un véritable pouvoir discrétionnaire de l'administration. Je n'aime pas beaucoup cette expression, parce qu'elle pourrait laisser entendre que l'administré est à la discrétion de l'administration, ce qui n'est pas et ne doit pas être. Cependant, on peut employer l'expression en la limitant à l'appréciation de l'opportunité de l'acte et en l'opposant à l'expression pouvoir arbitraire. Cette liberté d'appréciation de l'opportunité est quelquefois extrêmement étendue, quelquefois, au contraire, elle est extrêmement restreinte. Parfois, il y a ce qu'on appelle compétence liée, c'est-à-dire que certains faits se trouvant réunis, certaines circonstances étant accomplies, l'agent public ne peut refuser d'agir dans tel ou tel sens déterminé; s'il le fait, il excède sa compétence; il viole la loi et sa décision sera annulée sur le recours pour excès de pouvoir par l'autorité compétente, en France le conseil d'État.

On a dit assez fréquemment qu'en pareil cas le conseil d'État exerce le contrôle juridictionnel de l'oppor-

tunité. C'est une lourde erreur. Contrôle juridictionnel de l'opportunité, voilà une expression dont les termes sont contradictoires. La fonction juridictionnelle, on le verra au paragraphe suivant, consiste essentiellement à résoudre une question de droit. Contrôler l'opportunité, c'est au contraire résoudre une question de fait. Mais, dans certains cas, la loi limite tellement la liberté d'appréciation de l'agent public que, si certaines circonstances existant il prend une certaine décision, il excède sa compétence, il viole la loi, et la juridiction compétente en devra prononcer l'annulation. En le faisant, elle ne résout vraiment qu'une question de droit.

Il en est ainsi, par exemple, quand le conseil d'État annule le refus par l'autorité administrative d'une délivrance d'alignement, ou encore quand il annule le refus par le préfet d'autoriser le repos hebdomadaire par roulement (Code du travail, liv. II, art. 37), ou encore lorsqu'il annule le refus d'approbation d'une société de secours mutuels (L. 1er avril 1898, art. 16, § 4) et dans beaucoup d'autres cas qu'il est inutile de rappeler.

Parfois, au contraire, l'agent public a une très large liberté d'appréciation à tous les points de vue, aussi bien en ce qui concerne l'opportunité que le sens de la décision. Nul n'est alors recevable à prétendre que l'agent public a violé la loi parce qu'il n'a pas tenu compte des circonstances dans lesquelles il a statué. Nul n'est recevable à soutenir que l'agent public ayant été déterminé par un but de service public n'a pas été déterminé par celui que la loi avait en vue en lui donnant compétence. Il en est ainsi, par exemple, dans le cas rapporté précédemment de retrait de naturalisation. On parle alors, et, semble-t-il, avec raison, du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Mais, même ici, l'expression n'est pas plus exacte que précédemment,

parce que si alors l'agent public peut apprécier librement les circonstances, si en prenant telle décision il peut être déterminé par un but de service public quelconque, il ne peut être déterminé cependant que par un but de service public. Par exemple, le recours dirigé contre un décret portant retrait de naturalisation serait certainement recevable et fondé si le requérant prétendait que l'administration a été déterminée par un but de vengeance. Je vais plus loin et je crois qu'il en serait ainsi même si l'on soutenait que l'agent a été déterminé par un but de service public sans doute, mais tout à fait étranger à ceux que la loi avait certainement en vue en lui donnant compétence, par exemple, dans le cas de retrait de naturalisation, au cas où l'on prétendrait que l'agent a été déterminé uniquement par un but fiscal.

A mon avis, on doit énergiquement affirmer que dans le droit français moderne, non seulement il n'y a pas d'acte arbitraire, mais qu'il n'y a pas non plus d'acte discrétionnaire ou de pure administration. Quelque large que puisse être parfois le pouvoir d'appréciation de l'agent administratif, celui-ci ne peut jamais être déterminé par un but étranger à un service public, ni même par un but de service public sans doute, mais étranger aux services publics qu'avait certainement en vue la loi en lui donnant compétence.

A l'appui de cette solution, il n'est pas inutile de citer deux décisions du conseil d'État qui montrent bien que certains actes, que pendant longtemps on s'accordait unanimement à considérer comme des actes discrétionnaires ou de pure administration, ont aujourd'hui perdu ce caractère. Je veux parler des décisions du gouvernement concernant des agents directs comme les préfets, les gouverneurs de colonie, déplacements, mise en congé, révocation. Même pour ces actes, le conseil d'État déclare recevables et fondés les recours invoquant un détournement de pouvoir.

Ainsi, par arrêt du 14 mai 1915, le conseil d'État a reconnu

recevable et fondé le recours formé par M. Merwart, gouverneur des colonies, contre le décret qui avait nommé à sa place M. N. lieutenant-gouverneur du Dahomey. Le requérant soutenait que cette nomination entraînant son déplacement et équivalant à une disgrâce, il aurait dû être entendu avant d'en être frappé (*Recueil*, 1915, p. 153). Rapp. arrêt *Gervais*, 15 février 1918 (*Recueil*, p. 153). L'arrêt Trépont du 20 janvier 1922 est encore plus significatif. M. Trépont, ancien préfet du Nord, obtient l'annulation de la décision du ministre de l'Intérieur le mettant en congé « sur sa demande », considérant « qu'en présentant la décision de mise en congé comme prise sur la demande de l'intéressé, le ministre de l'Intérieur l'a fondée sur un fait matériellement inexact et lui a ainsi donné une base juridique inexistante ». Ce qui implique que le conseil d'État se reconnaît compétent pour apprécier les motifs qui ont déterminé le gouvernement à mettre un préfet en congé (*Revue du droit public*, 1822, p. 88, avec les conclusions de M. Rivet et une note de Jèze).

On a quelquefois confondu les actes discrétionnaires ou de pure administration avec les actes dits actes de gouvernement. Il n'y a pas plus d'actes de gouvernement qu'il n'y a d'actes discrétionnaires. Mais les deux notions sont tout à fait différentes. J'étudierai en détail la question des actes de gouvernement au tome III, à l'occasion des recours contentieux. Il suffit de dire maintenant que s'il y a des actes de gouvernement, cette expression désigne les actes faits par le gouvernement ou sur son ordre pour la conservation et la défense du pouvoir politique qu'il détient. De pareils actes ne sont pas susceptibles d'être appréciés par une juridiction quelconque; aucun recours contre eux n'est recevable sur quelque cause qu'ils soient fondés : incompétence, illégalité, préjudice causé.

La doctrine qui admet l'existence d'actes de gouvernement ne prétend pas que cet acte échappe comme tel à tout recours; elle soutient seulement que quand l'acte du gouvernement ou de ses agents est déterminé par un but politique, tout recours juridictionnel dirigé contre lui est irrecevable. Au contraire, admettre qu'il

y a certains actes discrétionnaires, c'est admettre que, pour ces actes, dans aucun cas, le recours tendant à critiquer par la voie contentieuse le motif qui a déterminé l'acte n'est recevable.

On voit la différence qui est essentielle. A mon avis, les deux conceptions doivent être également rejetées.

5° *La situation juridique consécutive à l'acte.* — Sur ce point, il n'y a rien de particulier à dire. Tout ce qui a été expliqué au tome I, chapitre II et chapitre III, et dans ce volume au paragraphe 26, doit être appliqué ici. La distinction faite entre les situations de droit objectif ou situations légales et les situations de droit subjectif ou situations individuelles est exactement la même dans le droit public que dans le droit privé. La situation objective est, en droit public comme en droit privé, caractérisée par sa généralité et sa permanence. Elle dérive directement de la loi dont l'application à telles ou telles personnes est tantôt immédiate, tantôt conditionnée par un acte juridique qui, de ce chef, prend le nom d'acte-condition. Quand la loi est modifiée, toutes les situations légales qui en dérivent le sont elles aussi, même celles qui sont nées antérieurement à la promulgation de la loi nouvelle. Ces situations légales ou de droit objectif sont, en droit public, extrêmement nombreuses. Un exemple notable en est la situation du fonctionnaire pour les divers éléments de sa fonction, compétence, charges, avantages divers.

Quant aux situations juridiques subjectives, elles sont spéciales, individuelles et temporaires. Elles impliquent l'exécution d'une prestation déterminée et elles disparaissent dès que celle-ci a été accomplie. En droit public comme en droit privé, elles se distinguent de la même manière des situations objectives. Par exemple, se trouve placé dans une situation juridique subjective l'individu qui est l'objet d'une réquisition, d'un arrêté ordonnant

la démolition d'un mur en bordure de la voie publique et menaçant ruine, ou l'évacuation d'un logement insalubre, l'individu débiteur d'une contribution ou d'une taxe. Parfois, la situation subjective est constituée par une obligation concrète à la charge de l'administration. Elle se traduit alors dans l'obligation pour certains agents publics désignés à cet effet d'accomplir les actes tendant à réaliser l'exécution de la prestation, objet de ladite situation. Il en est ainsi, par exemple, de toutes les obligations assumées par l'administration au cas de réquisition, d'expropriation, de travaux publics, de marchés de fournitures et dans toutes les hypothèses analogues.

Il faut ajouter qu'aussi bien en droit public qu'en droit privé, à la suite d'un contrat, il y a toujours une situation juridique subjective. En d'autres termes, lorsque, après l'accomplissement d'un acte juridique, la situation qui apparaît n'a pas le caractère subjectif, on peut affirmer qu'il n'y a pas eu contrat, alors même qu'il y a eu concours de volontés et même accord de volontés. C'est ainsi, par exemple, que la situation du fonctionnaire étant incontestablement une situation de droit objectif, la nomination de fonctionnaire n'est certainement pas un contrat. Il y a concours de volontés; on peut même dire qu'il y a accord de volontés, mais il n'y a pas contrat. Il y a ce que j'ai appelé au tome I (p. 302) une union ou *Vereinbarung*. Qu'on ne dise pas que c'est une question de mots. On verra qu'il y a au contraire un intérêt pratique considérable à faire cette distinction, quand j'étudierai la distinction du contentieux objectif et du contentieux subjectif aux paragraphes 29, 30 et 31.

Mais s'il n'y a pas de différence de nature entre la situation juridique née d'un acte public et celle née d'un acte privé, il y a une différence importante au

point de vue du mode de réalisation de la situation. Le particulier, pour arriver à la réalisation d'une situation de droit, devra s'adresser aux agents des gouvernants, qui ne peuvent pas d'ailleurs lui refuser leur concours, et sur les biens du particulier on procédera à des voies d'exécution forcée.

Quand la situation juridique est née d'un acte administratif, elle intéresse le fonctionnement des services publics et les gouvernants sont obligés d'employer le monopole de la force dont ils disposent à assurer le fonctionnement de ces services. De cela résultent deux conséquences. D'une part, les gouvernants peuvent directement et sans le concours de personne assurer par la force la réalisation de la situation. Ils ont même le bénéfice de l'exécution préalable, c'est-à-dire ils peuvent contraindre le débiteur à exécuter la prestation, alors même que celui-ci proteste et forme un recours. Il ne faut pas que par sa mauvaise foi ou sa témérité le débiteur puisse entraver le fonctionnement des services publics.

D'autre part, les gouvernants sont juridiquement obligés d'assurer l'exécution de toutes les obligations qui doivent s'exécuter sur les patrimoines publics. Ils sont liés par le droit objectif et, en conséquence, par tout acte juridique fait conformément au droit objectif. Mais le particulier ne peut pas provoquer des voies d'exécution forcée sur un patrimoine public, parce qu'il ne peut pas demander aux détenteurs du monopole de la force d'employer cette force contre eux-mêmes et parce qu'il ne peut pas, en recourant d'une manière inopportune à des voies d'exécution forcée, entraver le fonctionnement des services publics.

Il importe de noter que ce qui vient d'être dit est vrai, même pour les situations juridiques nées d'actes faits par des agents appartenant à des administrations

décentralisées (départements, communes, établissements publics). Il s'agit toujours d'assurer le fonctionnement ininterrompu des services publics. L'administration aura encore le privilège de l'exécution préalable et il ne pourra point être procédé à des voies d'exécution forcée sur les patrimoines administratifs décentralisés.

Pour que l'exécution préalable ne soit pas une cause d'arbitraire intolérable à l'égard des particuliers, il importe que les recours contentieux administratifs soient fortement organisés et que la responsabilité de l'administration pour exécution téméraire soit fermement reconnue et rigoureusement sanctionnée.

On verra plus tard que par le recours pour excès de pouvoir le particulier est fortement garanti contre l'arbitraire administratif et que le conseil d'État sanctionne chaque jour plus énergiquement la responsabilité de l'administration, qu'il l'a notamment très nettement reconnue au cas d'exécution préalable téméraire. Cf. l'arrêt *Zimmermann*, 27 février 1903, *Recueil*, p. 178, avec les conclusions de M. Romieu, et S., 1905, III, p. 17, avec une note très remarquable d'Hauriou.

§ 28. — *La fonction juridictionnelle.*

Au premier abord, on peut légitimement se demander comment il existe une troisième fonction juridique de l'État qui ne soit ni la fonction législative, ni la fonction administrative, et l'on a pu soutenir avec de très forts arguments qu'au point de vue matériel, il n'y a point de fonction juridictionnelle, et partant point d'actes publics qui ne soient ou des actes-règles ou des actes-conditions ou des actes subjectifs. Il semble en effet que, pour démontrer l'existence d'une fonction juridictionnelle ayant un caractère spécifique, il faudrait démontrer qu'elle a pour contenu des actes d'ordre juridique, qui ne sont ni des actes de la fonction législative,

ni des actes de la fonction administrative. Et vraiment, cela paraît difficile. En effet, étant admise la définition de l'acte juridique, celui qui est fait avec l'intention qu'il se produise à sa suite une modification dans l'ordonnancement juridique d'une société donnée, et le caractère de l'acte juridique étant déterminé par l'effet de droit qui lui est consécutif, on aperçoit difficilement qu'il puisse y avoir un autre effet que l'un des trois précédemment et à plusieurs reprises analysés. Ou bien une règle nouvelle est établie, une règle ancienne est supprimée ou modifiée ; ou bien une situation de droit objectif prend naissance, est supprimée, ou modifiée ; ou bien, enfin, on établit, on modifie ou on supprime une situation de droit subjectif. D'après la terminologie admise, les actes à la suite desquels se produit le premier effet forment le contenu de la fonction législative, et ceux à la suite desquels se produisent le deuxième et le troisième effets, le contenu de la fonction administrative.

Il paraît bien difficile d'apercevoir d'autres effets de droit possibles que les trois analysés. En effet, l'ordonnancement juridique est bien constitué dans sa totalité par des règles, par des situations objectives et par des situations subjectives. Il n'y a rien de moins, mais il n'y a rien de plus. On a beau chercher, on ne trouve aucun autre élément ; et par conséquent il semble bien qu'on ne peut trouver d'autres actes que ceux qui touchent un de ces trois éléments et que, par suite, il n'y a pas d'autre fonction que la fonction législative et la fonction administrative, puisque à elles deux elles comprennent tous les actes juridiques concevables. On peut ajouter que les particuliers ne font jamais et ne peuvent jamais faire que des actes-règles, des actes-conditions, des actes subjectifs, que les agents publics ne peuvent pas non plus en faire d'autres et que par

conséquent il n'y a pas une troisième fonction de l'État, parce qu'elle ne pourrait avoir de contenu.

La force de cette argumentation ne peut être méconnue, et je ne cache pas que ce n'est pas sans une véritable perplexité que je rejette une conclusion que la logique paraît imposer, et que je persiste à enseigner, avec la doctrine dominante et comme dans la première édition de ce traité, qu'il y a bien une troisième fonction juridique de l'État, la fonction juridictionnelle, qui se distingue spécifiquement et de la fonction législative et de la fonction administrative, et qui a pour contenu des actes d'ordre juridique qui ont un caractère matériel qui les sépare nettement, non seulement des actes législatifs, mais encore des actes administratifs, actes-conditions ou actes subjectifs.

Assurément, si l'on considère l'acte du juge seul et isolé et abstraction faite de tout ce qui le précède, il est toujours soit un acte-condition, soit un acte subjectif; on le montrera dans la suite de ces développements. On peut dire qu'au point de vue matériel, l'acte juridictionnel est un acte administratif et qu'il ne se distingue des autres actes administratifs qu'au point de vue formel, c'est-à-dire quand il est fait par un agent appartenant à un ordre de fonctionnaires distinct de l'ordre administratif. Mais si l'on rattache l'acte du juge à ce qui le précède, si l'on comprend qu'il forme avec l'élément antécédent un tout logique, absolument indivisible, il paraît bien qu'on doit reconnaître qu'il possède un caractère spécifique qui le distingue au point de vue matériel bien nettement de l'acte administratif. Il apparaît qu'une analyse juridique exacte doit placer l'un et l'autre de ces actes dans des catégories distinctes.

On remarquera que je parle uniquement et à dessein de l'acte juridictionnel et de la fonction juridiction-

nelle, que je ne dis point acte et fonction judiciaires. Ce mot judiciaire communément employé est très fâcheux. Il faut le réserver pour désigner uniquement une certaine catégorie de fonctionnaires auxquels la loi positive attribue un caractère déterminé. On doit parler de l'ordre judiciaire ; mais on doit dire la fonction juridictionnelle. En d'autres termes, si l'on veut éviter des confusions regrettables, il faut employer le mot judiciaire exclusivement au point de vue formel et le mot juridictionnel au point de vue matériel.

Pour déterminer et comprendre quel est le vrai domaine des actes juridictionnels, on doit supposer qu'un acte d'ordre juridique ou d'ordre matériel a été accompli, qu'une certaine attitude a été adoptée, qu'une certaine situation de fait existe et que l'on prétend que l'acte est contraire au droit, que l'attitude adoptée, que la situation existant en fait sont, elles aussi, contraires au droit. On voit déjà par là qu'il y a quelque chose que l'on n'est point obligé de supposer quand on détermine d'une manière générale le caractère des autres actes juridiques. On se place alors en présence d'une volonté qui intervient pour qu'il se produise une modification dans l'ordonnancement juridique préexistant. Maintenant, on suppose, au contraire, qu'une volonté intervient prétendant qu'il y a eu une atteinte à l'ordonnancement juridique de la société, qu'il y a eu un agissement, acte ou abstention, qu'il y a une situation en contradiction avec cet ordonnancement.

Si l'on imagine une société dans laquelle il n'y a pas de régime d'État établi, assurément une volonté privée pourra déclarer que cette prétention est fondée et qu'en effet il y a eu un acte ou une abstention, qu'il existe une attitude ou une situation contraires au droit. Mais cette déclaration sera sans valeur parce qu'elle

sera sans effet pratique, le particulier n'ayant et ne pouvant avoir capacité pour faire un acte juridique ayant pour objet de punir, de réparer ou d'annuler cette atteinte au droit. Mais, quoi qu'il en soit, on aperçoit déjà la possibilité d'un acte de volonté ayant un caractère juridique propre parce qu'il se rattache d'une manière logiquement indivisible à la constatation de l'atteinte portée au droit, et par là, on aperçoit le vrai domaine de la fonction juridictionnelle.

Si l'on suppose, en effet, le régime d'État établi, il apparaît immédiatement à l'esprit qu'une fonction d'ordre juridique s'imposera à l'État et qui consistera à constater les atteintes au droit et à faire un acte qui aura pour objet de réaliser les conséquences découlant logiquement de cette constatation. Si quelqu'un prétend qu'il y a eu une atteinte au droit, soit par un acte juridique ou matériel, par une abstention, qu'il y a une situation contraire au droit, que ce soit une violation de la norme juridique, une atteinte à une situation de droit objectif ou à une situation de droit subjectif, l'État a certainement pour mission de faire constater par ses agents si oui ou non cette atteinte existe et de leur donner compétence à l'effet de faire tous actes juridiques, logiquement déterminés par la constatation qui a été faite qu'il y a eu ou non violation du droit objectif ou atteinte au droit subjectif.

C'est l'opération que fait alors l'agent public qui constitue l'acte juridictionnel; et cela montre bien que celui-ci n'est ni un acte législatif, ni un acte administratif. L'acte juridictionnel est donc en substance l'acte d'ordre juridique fait par un agent public, comme conséquence logique de la constatation qu'il a faite qu'il y avait ou non violation du droit objectif ou atteinte à une situation objective ou à une situation subjective. Il n'est pas inutile de reprendre chacun de ces éléments.

L'acte juridictionnel implique d'abord l'existence d'une prétention, ce que les Italiens appellent la *pretesa,* les Allemands l'*Anspruch*. Pour qu'il y ait lieu à l'acte juridictionnel, il faut qu'une certaine volonté prétende qu'il y a quelque chose, soit un acte, soit une attitude, soit une situation qui est contraire au droit. Peu importe d'ailleurs d'où vient cette prétention; peu importe quel est l'être qui formule cette affirmation. Ce peut être un particulier qui dresse cette prétention contre une prétention contradictoire. Ce peut être un agent public qui, même sans rencontrer de contradiction, soulève la question de droit parce qu'il faut la résoudre dans l'intérêt même de la collectivité. Ce peut être le juge lui-même qui, suivant l'expression consacrée, intervient d'office, parce qu'il estime qu'il y a eu une atteinte au droit, une violation de la loi, laquelle doit être réprimée dans l'intérêt même de la légalité.

Je dis qu'il faut qu'on affirme qu'il y a une atteinte au droit; mais je ne dis pas, qu'on le remarque bien, qu'il faut qu'il y ait un litige. Le mot litige implique qu'il y a deux prétentions contradictoires sur un point de droit. Sans doute, très souvent, le juge intervient parce que ces deux prétentions existent et qu'il faut résoudre le conflit entre les deux parties litigantes. Mais très souvent aussi la question de droit se pose sans qu'il y ait litige; très souvent, il n'y a ni contradiction, ni contradicteur. Peu importe, il y aura lieu à juridiction si une volonté quelconque, celle d'un particulier ou celle d'un agent public, prétend qu'il y a un acte, une attitude, une situation contraires au droit et demande que l'agent public compétent donne une solution à cette question de droit.

Je dis solution donnée à la question de droit. Voilà, en effet, le point capital. Pour qu'il y ait juridiction, il faut qu'il y ait une question de droit à résoudre; il faut

qu'on ait soulevé cette question de droit, et il faut que l'agent public intervienne avant tout pour résoudre cette question de droit. C'est ce sur quoi il faut insister tout particulièrement parce que c'est ce qui fait le caractère propre de l'acte juridictionnel.

Il n'y a d'acte juridictionnel que lorsque l'agent intervient pour résoudre une question de droit. Pour savoir si l'acte considéré est ou non un acte juridictionnel, il faut rechercher si l'agent public est intervenu ou non pour résoudre une question de droit. Si, en intervenant, il a poursuivi un autre but, si la solution qu'il a donnée à une question de droit est un moyen et non un but, on doit affirmer qu'il n'y a pas d'acte juridictionnel. Il arrive très souvent que l'agent public doit résoudre des questions de droit. Mais il ne fait un acte juridictionnel que si c'est pour résoudre la question de droit qu'il intervient. Si son but est de prendre une décision qui implique la solution préalable d'une question de droit, il ne fait pas un acte juridictionnel; il ne le fait que s'il intervient au contraire pour résoudre une question de droit.

Par exemple, le préfet qui rend exécutoire les rôles des contributions directes après avoir constaté que les cotes imposées aux contribuables sont conformes à la loi, n'accomplit pas un acte juridictionnel, parce qu'il n'intervient pas pour résoudre la question de droit, la question de savoir si le contribuable est ou non légalement imposé. Il intervient pour faire naître la créance de l'État contre le contribuable, tel est son but unique. Il résout au préalable une question de droit; mais la solution à la question de droit n'apparaît que comme moyen et non comme fin. L'autorité administrative qui procède à la délimitation d'une dépendance domaniale et d'une propriété riveraine n'accomplit pas un acte juridictionnel; elle intervient, en effet, non pas pour

résoudre une question de propriété, mais pour déterminer administrativement la consistance du domaine public. Au contraire, le conseil de préfecture qui statue sur la réclamation du contribuable, le tribunal administratif ou le tribunal judiciaire qui statuent sur la réclamation du propriétaire riverain, accomplissent un acte juridictionnel. Comme l'agent administratif, ils donnent solution à une question de droit, à la même question; mais en intervenant, ils ont pour but de résoudre cette question de droit, quand au contraire l'autorité administrative intervenait en vue d'un tout autre but et que c'était pour atteindre ce but qu'elle résolvait la question de droit.

Il apparaît tout de suite qu'il doit découler de cela une conséquence importante, à savoir que la solution donnée à la question de droit par le juge aura un tout autre caractère, un tout autre effet, une tout autre force que la solution donnée par l'administrateur. Donnée par le juge, la solution s'impose d'elle-même; suivant l'expression de Jèze, elle a force de vérité légale. Notre collègue et ami a pleinement raison sur ce point, mais il n'a vu qu'une partie de la vérité; on va s'en rendre compte par la suite. Pour résoudre la question de droit qui lui est posée, le juge doit très souvent apprécier des faits. On dit même parfois que le juge, dans toute affaire, doit résoudre une question de fait et une question de droit et même que, souvent, il ne doit résoudre qu'une question de fait. Il n'est pas exact de présenter ainsi les choses. Sans doute, je le répète, très souvent, presque toujours, pour résoudre la question de droit, il faut auparavant établir d'une façon précise la manière dont les faits se sont passés, et pour cela il faut faire des enquêtes, recourir aux différents modes de preuves. Sans doute, il arrive aussi non rarement que, lorsque les faits ont été établis, la question

de droit se résout d'elle-même. Mais malgré cela, il reste vrai que le juge intervient uniquement pour résoudre une question de droit. C'est là sa mission exclusive; et du moment que le juge peut être saisi, c'est qu'il se pose une question de droit. L'intervention de l'agent public pour résoudre une question de droit et la notion de juridiction sont deux choses absolument inséparables.

On s'en rendra compte en prenant pour exemple quelques cas où l'on dit couramment que le juge n'est appelé à résoudre qu'une question de fait. Ainsi, on dit très souvent qu'en matière pénale le jury ne résout qu'une question de fait, la question de savoir si en fait le crime a été commis ou non. Cela n'est pas vrai. La question posée au jury est celle-ci : N... est-il coupable d'avoir, par exemple, donné volontairement la mort à X...? La question à résoudre par le jury n'est pas celle de savoir si en fait le meurtre a été commis ; elle est celle de savoir si N... est coupable de l'avoir commis, et cela est bien proprement une question de droit. Mais pour la résoudre, il est bien évident qu'il faut, au préalable, que le meurtre commis par N... soit établi. Mais le fait étant établi, le jury doit résoudre la question de savoir si tous les éléments constituant légalement la culpabilité existent en ce qui concerne N... ; et l'on ne peut contester que cela soit bien une question de droit.

J'en dirai autant des cas dans lesquels, suivant une très mauvaise terminologie, on dit que le conseil d'État exerce le contrôle juridictionnel de l'opportunité et par conséquent ne juge qu'une question de fait. Contrôle juridictionnel de l'opportunité : expression dont les termes sont contradictoires. On devrait comprendre que dans ces cas, le conseil d'État ne résout en réalité qu'une question de droit, parce que le législateur a

limité la compétence de l'agent tellement étroitement que si telle circonstance existant l'agent a pris une certaine décision, il a commis un excès de pouvoir. Tels et tels faits existant, l'agent doit, d'après la loi même, prendre une décision en un certain sens. S'il l'a prise en sens contraire, il a violé la loi, il a commis un excès de pouvoir ; et c'est la seule question qui est posée au conseil d'État, question de droit par excellence, mais qui ne peut être évidemment résolue qu'après que les faits sont établis. Il en est ainsi, par exemple, au cas où le conseil d'État est appelé à juger le recours formé contre la décision du préfet en matière de repos hebdomadaire, conformément à l'article 37 du livre II du code du travail, et encore lorsque le conseil d'État est appelé à statuer sur la régularité d'une dévolution faite à une association cultuelle, conformément à l'article 8 de la loi de séparation du 9 décembre 1905, portant que « le conseil d'État statuera au contentieux en tenant compte de toutes les circonstances de fait ». D'où l'on a conclu que le conseil d'État ne doit alors résoudre qu'une question de fait. Si ce texte avait eu cette portée, il aurait contenu une contradiction, puisqu'il décide que le conseil d'État statue au contentieux ; et il eût été en contradiction avec l'article 4 de la même loi qui détermine les conditions de la légalité de la dévolution. L'article 8 de la loi de 1905 signifie tout simplement que le conseil d'État doit statuer au-contentieux sur la légalité de la dévolution, ce qui est bien résoudre exclusivement une question de droit ; mais pour résoudre cette question, il doit, au préalable, rechercher les circonstances de fait dans lesquelles l'association cultuelle s'est constituée et a reçu la dévolution, notamment si, en fait, elle s'est constituée conformément aux règles générales du culte dont elle se propose d'assurer l'exercice, et, au cas où elle se prétend une association

catholique, si en fait, elle est reconnue par l'évêque en communion avec Rome.

On doit faire la même observation dans tous les cas où l'on prétend que le conseil d'État n'exerce qu'un contrôle de l'opportunité et ne doit résoudre qu'une question de fait. Du moment où le législateur décide que le conseil d'État statue au contentieux, il lui donne une question de droit à résoudre et, je le répète, l'agent public a une compétence liée, c'est-à-dire que tel fait existant, s'il ne prend pas la décision dans le sens déterminé, il commet un excès de pouvoir; et c'est cette question d'excès de pouvoir, question de droit au premier chef, qui est déférée au conseil d'État. Par définition même, le rôle du juge est de résoudre une question de droit et la solution qu'il donne a, suivant la formule de Jèze, qui peut être critiquée, mais a le mérite d'être expressive et énergique, force de vérité légale, ou, suivant une formule moins claire, mais peut-être plus exacte, devient un des éléments de l'ordonnancement juridique de la société considérée.

Le rôle du juge s'arrête-t-il là? Jèze et plusieurs juristes qui le suivent sur ce point le prétendent. Cf. *infra*, § 29. Je ne le crois pas. En effet, si la fonction juridictionnelle consistait uniquement à donner une solution à une question de droit, elle ne serait pas une fonction d'ordre juridique, car elle n'aurait pas pour contenu des actes juridiques. Sans doute, la solution donnée par le juge acquiert force de vérité légale, devient un élément de l'ordonnancement juridique; mais en réalité, ce n'est pas un élément nouveau. Après que la solution a été donnée, il n'y a rien de plus en l'ordonnancement juridique que ce qu'il y avait auparavant. Si la question était celle de savoir s'il y a eu ou non violation d'une règle, que le juge ait répondu oui ou non, la règle reste intacte, elle est ce qu'elle était

après comme avant. Si la question était de savoir s'il y a eu atteinte ou non à une situation de droit objectif ou de droit subjectif, quelle que soit la réponse, les choses restent telles qu'elles étaient auparavant. Si la situation n'existait pas, elle n'existe pas plus après la solution donnée à la question qu'elle n'existait auparavant. Si, au contraire, elle existait, elle continue d'exister, ni plus ni moins, avec les mêmes caractères et la même étendue.

C'est en voyant dans le rôle du juge seulement la solution donnée à la question de droit que certains auteurs comme Laband en Allemagne, Rocco en Italie, ont pu dire que dans la sentence du juge, il n'y avait point un acte de la volonté, mais simplement un acte de l'intelligence, un jugement au sens logique du mot (Cf. *infra*, § 29). C'est aussi la même idée que la doctrine traditionnelle exprime en disant que les jugements ne créent pas de droits, qu'ils se bornent à les constater.

La mission du juge implique donc autre chose que la solution donnée à une question de droit. Elle contient en outre un acte vraiment d'ordre juridique, soit un acte-condition, soit un acte subjectif, et l'on verra plus loin dans quels cas l'un, dans quels cas l'autre. Peu importe pour le moment. L'essentiel seulement est de comprendre qu'après qu'il a résolu la question de droit qui lui est posée, le rôle du juge n'est pas achevé. Il lui reste à faire un acte juridique qui a pour objet d'amener à réalisation la solution qu'il a donnée. Cet acte juridique a tous les caractères qui ont été déterminés au tome I, chapitre III. Mais il y a ici cela de particulier, que cet acte est déterminé logiquement par la solution donnée à la question de droit, c'est-à-dire que telle solution étant admise par le juge, il ne peut pas ne pas faire un certain acte juridique et ne pas le faire avec un certain objet et dans une certaine direction.

L'acte juridique que fait le juge est bien, non pas un acte de l'intelligence, mais un acte de la volonté ; seulement c'est un acte qui est logiquement déterminé par la solution donnée à la question de droit. La déclaration de volonté du juge n'est pas déterminée, à vrai dire, par l'intention de produire un effet de droit tel quel. Le juge sait que l'effet de droit se produira, mais ce n'est pas pour que cet effet de droit en soi se produise qu'il veut ; il veut qu'un certain effet de droit se produise parce qu'il a donné une certaine solution à une question de droit qui lui a été posée et pour que cette solution trouve sa réalisation de fait. Finalement, trois éléments apparaissent dans l'acte juridictionnel : 1° on pose au juge ou il se pose à lui-même une question de droit qu'il doit résoudre ; 2° le juge donne une solution à la question de droit, une solution qui a force de vérité légale, qui est un élément de l'ordonnancement juridique ; 3° le juge tirant la conséquence logiquement nécessaire de cette solution fait un acte juridique, acte-condition ou acte subjectif, tendant à la réalisation en fait de cette solution.

Les trois éléments de l'acte juridictionnel apparaissent très nettement dans la procédure romaine de l'époque formulaire. Ils apparaissent non moins nettement dans la procédure moderne de la cour d'assises. La question de droit est posée au jury, la question de savoir si l'accusé est coupable d'avoir commis telle ou telle infraction. Le jury ayant répondu oui ou non à cette question, les magistrats de la cour prennent la décision qui est la conséquence logiquement nécessaire du verdict prononcé par le jury. S'il est affirmatif, la cour condamne ; s'il est négatif, le président acquitte. Malgré l'intervention de deux organes différents, il n'y a qu'un seul acte, acte juridictionnel indivisible, constitué par la solution donnée à la question de droit et la

décision qui en est la conséquence logiquement nécessaire.

Dans la procédure suivie devant les juridictions administratives et civiles, la solution à la question de droit et la décision prise comme conséquence logique émanent du même agent. Mais les deux éléments de l'acte juridictionnel n'en apparaissent pas moins, en même temps, très nettement distincts et indivisiblement unis. Dans le recours pour excès de pouvoir, par exemple, la question est posée de savoir si une loi a été violée, si une atteinte a été portée à une situation objective. Quand le conseil d'État répond oui, il prononce l'annulation de l'acte contraire au droit. Cette annulation est un acte d'ordre juridique qui est la conséquence logiquement nécessaire de la solution donnée à la question de droit. De même le juge civil qui est saisi, par exemple, de la question de savoir s'il existe une créance, et qui y donne une réponse affirmative, en tire cette conséquence logique que le débiteur doit être condamné à payer, et il prononce la condamnation.

On a prétendu, et notamment notre collègue Jèze, que le lien logique qui existe ainsi certainement entre la décision du juge et la solution qu'il donne à la question de droit ne fait pas que la décision juridictionnelle soit un acte juridique d'une nature spéciale, que tout au plus ce lien logique, s'il existe, est un caractère simplement formel, en ce sens qu'il est le résultat d'une limitation apportée à la compétence de l'agent public (*Revue du droit public*, 1909, p. 673-674).

Je réponds qu'en disant que la décision du juge est la conséquence logiquement nécessaire de la solution donnée à la question de droit, on établit bien un caractère matériel de l'acte juridictionnel, puisque la volonté de l'agent n'y apparaît pas avec le même caractère que dans un acte juridique ordinaire et notamment dans un

acte administratif; que, d'un autre côté, le but qui détermine la volonté du juge apparaît aussi avec un caractère tout particulier. Au reste, je le montrerai d'une manière plus approfondie au paragraphe suivant en faisant l'exposé critique des principales doctrines qui ont été proposées sur la nature de l'acte juridictionnel.

Quoi qu'il en soit de ces doctrines, l'acte juridictionnel étant compris comme je viens de l'expliquer, on aperçoit que la notion de l'action telle qu'on la donne traditionnellement ne saurait être maintenue.

La doctrine traditionnelle, on le sait, définit l'action : le droit déduit en justice. Si cette définition est exacte, l'action n'est pas elle-même un droit, elle est le droit lui-même mis en mouvement. L'action n'est qu'une apparence; il y a un droit, rien qu'un droit; mais il est mis en œuvre.

Si, comme je le fais, on écarte complètement la notion de droit subjectif, il est évident qu'on ne peut maintenir cette définition de l'action. Mais, même si l'on conserve la notion de droit subjectif, on ne peut pas conserver cette définition de l'action. L'action, c'est la possibilité de demander au juge de résoudre une question de droit et de prendre une décision qui soit la conséquence logique de la solution qu'il donne à la question de droit. Cette possibilité appartient à toute personne qui a intérêt à ce qu'il soit statué sur cette question de droit. Elle peut être celle de savoir si le droit subjectif du demandeur est violé ou méconnu. Mais ce peut être une tout autre question qui est posée au juge. Du moment que le demandeur a intérêt à ce que la question soit résolue, son action ne peut point être déclarée non recevable. Il n'est donc pas vrai de dire qu'on ne peut agir en justice que lorsqu'on prétend être titulaire d'un droit subjectif. Dans le droit privé comme dans le droit public, il arrive constamment qu'on est recevable

à agir en justice sans qu'on prétende à aucun droit. Il suffit de citer en droit privé les actions possessoires et en droit public le recours pour excès de pouvoir.

J'ai expliqué au tome I, chapitre II, particulièrement à la page 199, quelle notion on doit se former de la voie de droit et spécialement de l'action qui est la plus importante et la plus énergique des voies de droit, et comment il faut l'entendre quand on repousse avec moi la notion de droit subjectif. Mais si l'on conserve cette notion, il faut évidemment admettre avec l'école italienne, notamment avec Chiovenda et Rocco, qu'il existe un droit d'action spécial, tout à fait distinct du droit déduit en justice et qui permet de saisir le juge, bien qu'on n'invoque aucun droit subjectif. L'action n'est pas un droit subjectif mis en mouvement; elle est elle-même un droit subjectif.

Au reste, historiquement, la notion d'action est bien antérieure à la notion de droit subjectif. Les Romains ont eu la notion d'action bien avant d'avoir la notion de droit subjectif. Et je suis disposé à croire même que la notion moderne de droit subjectif n'a jamais été comprise par les juristes de Rome. Ils ont eu à un degré éminent la notion du droit objectif. Qu'on relise les Institutes de Gaius, on s'en convaincra (I, §§ 1 et s.). Je me demande s'ils ont eu celle de droit subjectif. On trouve constamment les expressions : *actio in rem, actio in personam,* jamais les expressions : *jus in rem, jus in personam.* Elles sont d'invention moderne ; elles ne se trouvent nulle part dans les textes du droit romain.

Il résulte d'ailleurs de certaines décisions de la jurisprudence actuelle, et notamment de la cour de cassation, que l'action a une vie propre, distincte du prétendu droit qu'elle semble sanctionner. La cour suprême décide que bien que le droit de propriété ne puisse s'éteindre par le non-usage, le droit de faire appel dans

une instance en revendication est bien éteint par la prescription trentenaire de l'article 2262 du Code civil, et cela « parce que le droit de déférer par la voie de l'appel un jugement à la juridiction supérieure constitue un droit nouveau qui naît du contrat judiciaire qui s'est formé entre les parties par l'effet de l'instance liée entre elles et est essentiellement distinct de celui qui fait l'objet de l'action » (S., 1913, I, p. 105). Dans une note placée sous cet arrêt, M. Naquet s'étonne de cette solution ; il déclare ne la point comprendre. Naturellement, et cela parce qu'il reste dominé par l'idée traditionnelle que l'action est le droit déduit en justice. La cour de cassation la rejette justement. Le motif qu'elle donne de sa solution est mal rédigé ; mais celle-ci est tout à fait exacte.

Si l'acte juridictionnel et la fonction juridictionnelle sont bien ce que j'ai tenté de montrer, il reste à examiner si, tout en ayant toujours le caractère général que je viens de déterminer, cependant, suivant les cas, le rôle du juge n'apparaît pas avec des caractères particuliers différents, et si, par conséquent, la décision qui est le point final de l'opération juridictionnelle n'a pas un caractère et une portée variables suivant les cas. De prime abord, il semble bien qu'il en est ainsi et qu'il est rationnel qu'il en soit ainsi. Puisque ce qui donne un caractère particulier à la fonction juridique du juge, c'est qu'il doit d'abord résoudre une question de droit et qu'il intervient pour cela, il est logique que son rôle, la nature et la portée de sa décision varient en raison de la question qui lui est posée.

Or, étant donnés les éléments qui constituent l'ordonnancement juridique d'une société, je n'aperçois que trois catégories de questions qui puissent être posées au juge et que voici : 1° on peut demander au juge s'il y a eu une attitude, action ou abstention, contraire à la

règle de droit, à la loi ; 2° s'il y a eu une action ou une abstention qui constitue une atteinte à une situation de droit objectif ; 3° s'il y a eu une action ou abstention qui soit une atteinte à une situation juridique subjective. J'ai beau chercher, je ne peux concevoir qu'on puisse être amené à poser au juge une question qui ne rentre pas dans l'une de ces trois formules.

En d'autres termes et plus simplement, on pose nécessairement au juge une question de droit objectif quand on lui demande s'il y a eu violation de la loi ou atteinte à une situation de droit objectif, et une question de droit subjectif, quand on lui demande s'il y a eu une atteinte à une situation de droit subjectif. La fonction juridictionnelle a donc toujours les caractères généraux que j'ai déterminés précédemment ; mais elle a deux caractères spécifiques différents, et la décision du juge a un caractère et une étendue variables suivant qu'elle intervient dans le domaine de la juridiction objective ou dans celui de la juridiction subjective.

Je vais étudier séparément ces deux sortes de fonctions juridictionnelles. Mais auparavant, il n'est pas inutile de faire un bref exposé critique des principales doctrines qui ont été proposées sur la nature de la fonction juridictionnelle. Ce sera le meilleur argument en faveur de la doctrine que je propose.

§ 29. — *Principales théories proposées sur la nature de la fonction juridictionnelle.*

C'est encore ici la confusion du point de vue matériel et du point de vue formel qui est la cause principale des difficultés et des controverses qui se sont élevées. La confusion était cependant facilement évitable, puisqu'on avait deux mots différents correspondant à chacun des points de vue, le mot juridictionnel au point de vue

matériel et le mot judiciaire au point de vue formel. Mais on ne l'a pas compris, et les meilleurs auteurs ont parlé et parlent encore de la fonction judiciaire, ce qui est une cause de confusion et d'erreur.

Sans doute l'autorité judiciaire exerce surtout la fonction juridictionnelle, mais elle n'exerce pas toute la fonction juridictionnelle. En France, l'autorité administrative fait beaucoup d'actes juridictionnels. D'autre part, l'autorité judiciaire fait beaucoup d'actes qui, de leur nature, sont des actes administratifs. C'est donc la fonction juridictionnelle et non la fonction judiciaire dont il faut déterminer le caractère, en se plaçant exclusivement au point de vue matériel, c'est-à-dire en faisant complètement abstraction du caractère des organes, des agents, des autorités qui exercent cette fonction.

Ajoutons que la fonction juridictionnelle présente un caractère de complexité qui n'existe pas au même degré dans les deux autres fonctions de l'État. C'est ce caractère de complexité qui explique d'ailleurs pourquoi la fonction juridictionnelle ne s'est dégagée qu'assez tard de la fonction administrative et comment encore sur beaucoup de points la ligne séparative des deux fonctions est assez indécise.

C'est aussi dans l'exercice de la fonction juridictionnelle qu'apparaissent surtout les conséquences de la conception moderne de l'État de droit, car c'est en vertu de cette conception que, d'une part, nous affirmons que lorsqu'un particulier s'adresse à lui, l'État est obligé d'intervenir; que, d'autre part, l'État juge est rigoureusement lié par la loi qu'il a faite et enfin que l'État est lié par la décision juridictionnelle qu'il rend comme juge.

Dans mon volume intitulé *L'État, le droit objectif et la loi positive* (1901), j'ai exposé une conception inexacte de la fonction juridictionnelle. Je n'avais pas su encore

me dégager complètement de l'empreinte civiliste et j'écrivais (p. 416) : « Un acte de juridiction est l'acte par lequel les gouvernants constatent l'existence d'une situation juridique subjective, déclarent vouloir qu'elle se réalise et annoncent que, s'il y a lieu, la contrainte matérielle dont ils disposent sera employée pour en assurer par la force, directement ou indirectement, la réalisation. Ici la volonté gouvernante n'apparaît point comme créatrice d'une situation juridique subjective nouvelle ; cette situation juridique existe déjà ; les gouvernants la constatent et déclarent vouloir qu'elle se réalise. » En un mot, j'admettais que la fonction juridictionnelle n'intervient que dans le domaine du droit subjectif et que le juge constate l'existence ou la non-existence d'une situation subjective, mais n'en crée jamais une nouvelle.

Comme de tout temps il y a eu une juridiction dite répressive où le juge constate la violation, non pas d'un droit subjectif, mais de la loi, et crée une situation nouvelle en condamnant l'accusé, j'ajoutais : il y a là un acte juridictionnel au point de vue formel, mais non au point de vue matériel. Comme aussi dans beaucoup de législations modernes, particulièrement en France, certaines juridictions (en France le conseil d'État) peuvent être saisies de recours (par exemple le recours pour excès de pouvoir) par lesquels le requérant n'invoque point un droit subjectif, mais soutient seulement que la loi, droit objectif, a été violée ; comme le juge saisi d'un pareil recours ne résout qu'une question de droit objectif et, s'il reconnaît que la loi a été violée, annule la situation juridique qui a été créée, je disais encore : il y a là un acte juridictionnel en la forme, mais non au point de vue matériel. J'ajoutais : ç'a été un progrès du droit moderne de soumettre les questions de droit objectif à

des autorités organisées en la forme de juridiction, avec toutes les garanties des formes juridictionnelles; mais la décision qui intervient n'a du jugement que la forme; au fond, c'est un acte administratif.

Sans aller peut-être aussi loin, divers auteurs autorisés enseignent que la fonction juridictionnelle n'intervient véritablement que lorsqu'il y a une question de droit subjectif en jeu, que le juge ne statue jamais que sur l'existence ou l'étendue d'un droit subjectif. Jacquelin, voulant déterminer les éléments du contentieux administratif, écrit : « Les éléments de ce contentieux sont : 1° un litige né de la violation d'un droit subjectif; 2° une autorité publique qui dit le droit à l occasion de ce litige; 3° une violation du droit provenant d'un acte administratif. » Si l'on néglige les deux derniers éléments qui sont spéciaux au contentieux administratif, il apparaît bien que, daus la pensée de Jacquelin, pour qu'il y ait lieu à l'exercice de la fonction juridictionnelle, il faut essentiellement qu'il y ait un litige né à l'occasion d'un droit subjectif (Jacquelin, *Principes dominants du contentieux administratif*, p. 191).

Telle est aussi certainement la pensée du professeur Artur. Au début de son livre *La séparation des pouvoirs et la séparation des fonctions*, Artur écrit : « Juger, c'est dire le droit à l'effet d'en assurer le respect, quand il y a lieu de le faire, c'est-à-dire quand il est violé ou contesté » (p. 13). Il semble que, par cette formule générale, Artur ait en vue la violation du droit subjectif et celle du droit objectif. Mais la suite de son écrit démontre à l'évidence que dans sa pensée il n'y a fonction juridictionnelle que lorsque l'autorité statue sur une question de droit subjectif. Il ajoute en effet : « Cette nécessité de dire le droit en vue de le faire respecter se présente quand le droit de la société est

violé par des crimes..., quand le droit d'un particulier est violé par un autre particulier ou par un acte de puissance publique » (p. 13). Il s'agit bien là exclusivement d'un droit subjectif.

Quand l'auteur s'est trouvé en présence du recours pour excès de pouvoir, qui est certainement l'exemple type où le juge ne doit prononcer que sur une question de droit objectif, de légalité violée, il s'est attaché à démontrer que même là il n'y a qu'une question de droit subjectif en jeu. Sans doute, il dit bien que « pour qu'un recours soit contentieux, si d'ailleurs les autres conditions sont remplies, il suffirait d'une violation du droit objectif » (p. 306, note 2). Mais en même temps, il consacre quatre-vingt-huit pages de son travail (p. 305 et s.), illustrées par des citations innombrables d'arrêts, à tenter d'établir que, dans les recours pour excès de pouvoir, le demandeur invoque toujours un droit subjectif violé. Mais Hauriou lui fait observer avec infiniment de sens que ces laborieuses recherches ont été vaines, « qu'il n'a rien prouvé s'il n'a pas démontré que dans toutes les hypothèses *absolument* le réclamant s'appuie sur un droit, et que la proposition est fausse si on lui cite un seul cas où il n'y ait très évidemment en cause qu'un intérêt lésé » (Hauriou, *Les éléments du contentieux,* 1905, p. 36).

Dans la brochure qu'on vient de citer, Hauriou veut établir qu'on doit se former du contentieux une notion beaucoup plus large que celle généralement admise, que la nature juridique du contentieux doit être déterminée d'après les éléments sociaux qui le constituent, que ces éléments sont au nombre de trois : une contestation ; l'acceptation par les parties de l'instance destinée à régler pacifiquement la contestation ; et un juge public devant lequel se déroule l'instance (p. 13).

Hauriou a tout à fait raison quand il montre que les

auteurs se trompent qui soutiennent qu'il n'y a contentieux que lorsque se pose une question de droit subjectif et quand il déclare qu'il peut y avoir une contestation portant sur autre chose que la violation d'un droit subjectif. Mais il nous paraît qu'il n'a point résolu la question surtout importante, celle de savoir quelle est la nature matérielle au point de vue juridique de l'acte juridictionnel. Il semble bien que dans la pensée de l'auteur il n'y a juridiction que là où il y a contestation. Il écrit en effet à la page 41 : « Une contestation appelle un juge, quel que soit son objet antérieur, par cela seul qu'elle est portée à un certain degré d'acuité et qu'elle est susceptible de dégénérer en voie de fait. » Il n'y aurait donc lieu à juger que là où il y a contestation, quel que soit d'ailleurs l'objet de la contestation. Hauriou insiste beaucoup pour montrer ce qu'est un contentieux ; il fait intervenir force éléments historiques et sociologiques pour une définition qui, nous semble-t-il, n'offre aucune difficulté. Il est de toute évidence qu'il y a contentieux lorsqu'il y a deux affirmations contraires sur un point de droit objectif ou subjectif. Et Hauriou ne dit pas autre chose. Malgré tout, Hauriou a eu le grand mérite de démontrer l'étroitesse de la conception qu'on se forme habituellement, que moi-même je m'étais formée de la fonction juridictionnelle.

Jèze, dans l'article précité (*Revue du droit public*, 1909, p. 666), expose une notion de l'acte juridictionnel qui, à certains égards, se rapproche de celle que je défends, mais qui sur un point s'en distingue très nettement. D'après notre savant collègue, le caractère intrinsèque de l'acte juridictionnel consiste essentiellement dans la constatation d'une chose contestée ou contestable, constatation tenue pour vérité légale. « Le plus souvent, dit Jèze, la constatation une fois

faite, le juge en tire les conséquences logiques; mais ce n'est pas nécessaire; là n'est pas l'essentiel de la mission du juge... En tirant ces conséquences... il fait un acte ou des actes ayant une nature juridique différente de la constatation première... » Et Jèze laisse entendre que cette décision a, en soi, le caractère d'un acte *administratif*. Enfin Jèze écrit : « La constatation officielle faite par le juge porte... sur des choses différentes : 1° ou bien ce sont des faits, des agissements matériels; 2° ou bien c'est une situation juridique individuelle, par exemple un droit de créance; 3° ou bien c'est un *status*, un pouvoir général et impersonnel; 4° ou bien une question de légalité... Voilà, d'après moi, le *fundamentum divisionis* des recours juridictionnels. Il est exact que la constatation une fois faite, le juge peut être appelé à prendre, comme conséquence de cette constatation, des décisions de nature différente; mais la constatation étant l'élément essentiel, c'est d'après l'objet de la constatation qu'il convient de classer les recours juridictionnels; l'objet de la décision complémentaire est secondaire » (*Ibid.*, p. 677).

L'analyse qu'a faite Jèze n'est point inexacte. Mais je ne saurais admettre que l'on puisse séparer la constatation faite par le juge et la décision que celui-ci en tire comme conséquence. Ce qui fait précisément que l'acte juridictionnel a un caractère spécifique qui le distingue de l'acte administratif, c'est l'union indissoluble et rationnelle qui existe entre la constatation et la décision qui s'y rattache. La décision toute seule est un acte administratif; Jèze le reconnaît (p. 674). La constatation toute seule d'un fait, d'une situation de droit, d'une violation de la légalité, d'une situation légale n'est rien en droit; elle ne produit aucun effet dans le monde du droit. Elle ne fait pas que le fait ou la situation juridique constatés soient s'ils n'étaient pas aupa-

ravant ou soient autres qu'ils étaient. La constatation ne peut faire que la violation de la légalité soit si elle n'était pas ou que la situation légale naisse si elle n'existait pas, en vertu de la loi, avant même la constatation.

Mais, dit Jèze, la constatation faite par le juge a force de vérité légale; et c'est ce qui fait qu'elle est vraiment l'exercice d'une fonction d'ordre juridique (*Ibid.*, p. 674). Si je comprends bien cette formule, mon collègue veut dire par là que la constatation faite par le juge étant légalement reconnue, cela implique la capacité ou la compétence pour une certaine volonté de faire un certain acte. Par exemple le jury ayant répondu *oui*, cela entraîne pour la cour le pouvoir de condamner; s'il a répondu *non*, le pouvoir pour le président d'acquitter; un tribunal civil ayant constaté l'existence d'une créance, cela implique la naissance pour ce même tribunal du pouvoir de prononcer une condamnation pécuniaire contre le défendeur; ou encore un tribunal ayant constaté la violation de la loi, cela implique pour ce tribunal ou un autre le pouvoir d'annuler l'acte fait en violation de la loi. Dès lors, la constatation du juge n'est autre chose qu'une manifestation de volonté qui est la condition de la naissance pour un agent public d'une certaine compétence. Ainsi la constatation prise en elle-même ou n'a aucun caractère juridique, ou est tout simplement un acte juridique-condition, fait par un agent public, par conséquent un acte administratif. L'acte juridictionnel n'aurait donc point un caractère spécifique.

Ce qui seulement fait que l'acte juridictionnel a un caractère propre, c'est qu'il y a une liaison rationnelle et indissoluble entre la constatation et la décision qui est prise comme conséquence de cette décision. L'agent de juridiction a une mission qui est double sans doute,

mais indivisible : faire la constatation et prendre la décision qui est la conséquence de cette constatation. Nulle part cela n'apparaît aussi bien que dans la procédure criminelle ou toute procédure avec jury. Le jury fait la constatation. Peut-on raisonnablement soutenir que l'acte de juridiction s'arrête là et que la cour, en prononçant la condamnation, ne *juge* pas ? L'acte de la cour d'assises est assurément un acte complexe, mais un acte ayant un caractère spécifique, parce qu'il a pour buts indivisibles de constater l'infraction et d'en tirer la conséquence logique. S'il n'en était pas ainsi, il y aurait non pas un acte juridictionnel ayant un caractère spécifique, mais deux actes administratifs successifs.

Jèze dit (p. 673, note 1) que je prends ici comme critérium une *forme* de raisonnement, et par conséquent un critérium *formel*. C'est jouer sur les mots. Un critérium formel est celui qui sert à déterminer la nature d'un acte d'après le caractère de l'organe ou de l'agent qui le fait. Or, évidemment, il n'y a rien de tel dans le critérium que je donne de l'acte juridictionnel. D'autre part, je ne prends point pour critérium une *forme de raisonnement,* mais le lien logique qui réunit les deux manifestations de volonté de l'agent public, qui implique un raisonnement syllogistique et qui fait des deux actes un tout indivisible.

Jèze, empruntant une observation faite par moi (*L'État, le droit objectif et la loi positive,* p. 460), dit (p. 674, note 1) que le juge n'est pas le seul qui doive raisonner par voie de syllogisme, que le sous-préfet qui accorde ou refuse un permis de chasse, le maire qui accorde un permis d'entrepôt, le préfet qui rend exécutoire le rôle des contributions directes, raisonnent aussi par voie de syllogisme. Je ne dis pas le contraire. Mais leur rôle et celui du juge sont bien différents ; je vais le montrer avec les formules mêmes de Jèze. Le juge

est chargé de constater le fait ou la situation et d'en tirer logiquement la conséquence. Sa constatation, d'après la formule de Jèze, a force de vérité légale, et la décision qui en résulte logiquement est *compétemment* rendue, alors même que sa constatation est erronée. Le sous-préfet, le maire, le préfet, dans les espèces prévues, l'agent administratif, dans toutes autres espèces similaires, ne sont point chargés de constater la situation de l'administré ; ils sont chargés d'accorder ou de refuser le permis ou l'autorisation demandés, mais ils ne sont compétents pour les refuser que si l'administré se trouve dans une certaine situation. Si la constatation qu'ils en font est erronée et que l'administrateur ait agi conformément à cette constatation erronée, il a agi incompétemment, et sa décision, concession ou refus d'autorisation, est susceptible d'un recours contentieux d'annulation.

Nulle part cette différence entre la décision juridictionnelle et la décision administrative n'apparaît aussi nettement que dans les autorisations de roulement pour le repos hebdomadaire, prévues par les articles 8 et 9 de la loi du 13 juillet 1906. Le préfet, auquel on demande l'autorisation de roulement, doit examiner si l'industriel qui fait la demande se trouve dans les conditions prévues par la loi ; et si ces conditions sont réunies, il n'est pas compétent pour la refuser. Si, malgré cela, il la refuse, sa décision est atteinte du vice de nullité pour incompétence. Un recours est possible devant le conseil d'État, recours juridictionnel. Le conseil d'État a pour mission de constater si le préfet a ou non excédé sa compétence, et de tirer logiquement la conséquence de cette constatation. Cf. conseil d'État, 30 novembre 1906, et les remarquables conclusions de M. Romieu, *Recueil*, p. 863. Il est juge et s'il fait une constatation erronée, il n'aura point agi *incompétem-*

ment; il se sera trompé; sa décision ne sera point atteinte du vice de nullité; l'appel serait possible s'il s'agissait d'une juridiction de premier ressort.

On pourrait ainsi multiplier les exemples et achever de démontrer que l'acte de juridiction est constitué et caractérisé par l'union logique et indissoluble d'une constatation et d'une décision qui en est la conséquence. On peut rappeler notamment le rôle juridictionnel du conseil de préfecture chargé d'apprécier la légalité de l'arrêté du maire ordonnant la démolition d'un mur menaçant ruine (L. 21 juin 1898, art. 3 et 4) ou l'évacuation d'un logement insalubre (L. 15 février 1902, art. 12 et 13). Si le maire a pris cette décision sans que les conditions de fait exigées par la loi soient réunies, il a excédé sa compétence. Le conseil de préfecture qui ferait une constatation fausse en fait et en tirerait logiquement la conséquence n'excéderait point sa compétence; sa décision ne serait point entachée de nullité; elle est toujours susceptible d'appel, conformément au droit commun. Il semble bien que pour Jèze (*ibid.*, p. 683), dans les espèces précitées, le conseil de préfecture ne fait qu'un acte administratif et non un acte juridictionnel. Jèze se trompe certainement.

Ma théorie générale de l'acte juridictionnel peut cependant rencontrer une objection qui, au premier abord, paraît grave; elle est tirée de ce que dans certains cas le juge ne prend pas de décision, mais se borne à faire une constatation, notamment au cas de contentieux de l'interprétation et au cas de jugement sur une question d'état. L'objection, si l'on y regarde de près, est sans valeur.

Ce qu'on appelle communément le contentieux de l'interprétation donne naissance, de la part du juge, à une constatation, qui n'est rien par elle-même, et ne vaut que comme prélude de la décision qui sera prise,

il est vrai, par un autre juge. Mais cela ne fait rien. Une décision juridictionnelle nécessite souvent l'interprétation d'un acte ; habituellement, c'est le même juge qui fait toute la constatation, l'interprétation qu'elle implique et qui comme conséquence prend la décision. Quand un procès est porté devant un juge judiciaire et que la solution demande l'interprétation d'un acte administratif, le principe de la séparation des deux compétences exige que l'interprétation soit donnée par le juge administratif. Cette interprétation n'est pas elle-même un acte juridictionnel, mais seulement un élément de l'acte juridictionnel qui interviendra et qui aura toujours le même caractère : une constatation et une décision, conséquence logique de cette constatation. Il n'y a de particulier que la collaboration de deux agents à un même acte, ce qui n'est rien d'extraordinaire.

Quant au jugement sur les questions d'état, il contient bien comme tout jugement une constatation et une décision qui est la conséquence logique de cette constatation. Assurément, quand un tribunal statue sur une question de mariage, de filiation, son rôle consiste essentiellement à constater l'existence et la validité du mariage, le fait de la naissance dans telle ou telle condition, la légitimation ou la reconnaissance d'enfant. Cependant si le tribunal se bornait à constater le fait du mariage, de la naissance, de la reconnaissance ou de la légitimation, cette simple constatation resterait inopérante. Il faut, Jèze le dit lui-même (p. 687), « qu'il proclame l'existence du *status* résultant de ces faits ». Incontestablement, ce *status* n'a pas pour cause efficiente la proclamation qui en est faite par le tribunal ; il dérive de la loi dont l'application à l'intéressé était conditionnée par le fait légalement constaté par le tribunal. Mais il n'en est pas moins vrai que la proclamation de ce *status* par le tribunal est une véritable déci-

sion produisant un effet, par exemple l'obligation pour l'officier de l'état civil de faire les rectifications conformes au registre de l'état civil, l'obligation pour le maire, si c'est une question de *status électoral,* de faire sur la liste électorale les inscriptions ou radiations nécessaires.

Je crois donc que ma théorie reste intacte et que l'acte juridictionnel doit son caractère spécifique à ce qu'il est une manifestation de volonté, conséquence logiquement nécessaire d'une constatation dans le domaine du droit objectif ou du droit subjectif. Partant, ma distinction principielle subsiste telle quelle.

Les auteurs français que j'ai cités jusqu'à présent s'attachent à faire la distinction indispensable entre le point de vue formel et le point de vue matériel et à déterminer, par l'analyse des caractères juridiques internes, la nature matérielle de l'acte juridictionnel. Carré de Malberg au contraire, qui, tout au long de son livre déjà souvent cité, semble avoir pris pour tâche de méconnaître et même de combattre tous les progrès faits par l'analyse juridique depuis vingt-cinq ans, consacre à la question de la juridiction de longues et confuses pages, dans lesquelles il confond comme à plaisir pouvoir et fonction, judiciaire et juridictionnel. De ces longs développements, il conclut : « Ainsi le critérium de la juridiction, c'est non pas le contenu matériel de l'acte, mais sa forme. Le signe distinctif auquel se reconnaît l'acte juridictionnel, c'est, d'une part, son origine en tant qu'il est l'œuvre d'une autorité organisée spécialement pour l'exercice de la juridiction, et d'autre part, sa procédure, en tant qu'il a été accompli suivant les règles propres à la fonction qui consiste à juger » (*Contribution à la théorie générale de l'État*, I, 1920, p. 787).

On ne peut discuter une doctrine qu'en se plaçant sur

le même terrain qu'elle. Or, je ne puis momentanément, même pour les seuls besoins de la discussion, accepter le terrain sur lequel se place Carré de Malberg, parce qu'il confond toutes les notions que l'analyse juridique est arrivée à distinguer définitivement. La pensée de Carré de Malberg est aux antipodes de la mienne; nous ne pouvons discuter, nous ne parlons pas la même langue.

En Allemagne et en Italie, on a beaucoup écrit sur la nature de l'acte juridictionnel au point de vue matériel. Laband et Jellinek ont tout particulièrement étudié le problème.

Pour Laband, l'acte de juridiction n'est pas un acte de volonté, à la différence de l'acte d'administration, qui est essentiellement un acte de volonté. L'acte de juridiction est seulement une opération de l'intelligence; il consiste dans l'établissement avec force obligatoire d'un rapport de droit concret, dans la reconnaissance, le refus, la fixation d'un droit et aussi la reconnaissance de l'application d'une règle dans un cas concret. Ainsi Laband écrit : « La décision juridictionnelle consiste dans l'adaptation d'une situation donnée au droit existant. C'est une opération logique, indépendante de la volonté; elle se résout en un syllogisme dont la majeure est la règle de droit législative; la mineure, la constatation de l'espèce concrète soumise au juge, et la conclusion, la décision du juge. » Ainsi, continue Laband, le juge peut se tromper relativement à la règle de droit et aux conséquences qui en résultent relativement aux faits qui lui sont soumis. Mais si le juge procède régulièrement, il ne peut pas résoudre le même cas différemment suivant son bon plaisir. Il ne fait pas acte de volonté, il ne peut pas mettre sa volonté à la place de l'opération logique qui est dominée par une majeure et par une mineure suivant la loi de l'esprit humain (*Droit public,* édition française, 1901, II, p. 514).

Cette analyse psychologique de l'acte juridictionnel est assurément tout à fait exacte. On a vu au paragraphe précédent que je l'accepte. Mais il n'est pas vrai de prétendre que l'acte juridictionnel se réduit à cette opération de l'esprit et qu'il ne contient aucun acte de volonté. En le soutenant, Laband se met en contradiction avec lui-même. Il enseigne, en effet, que l'action étatique est avant tout l'ordre de l'État, se faisant connaître à l'extérieur, ayant la possibilité de se réaliser et constituant, par conséquent, le point initial, la cause motrice de toute une série d'actes matériels. Or, il est impossible de nier que l'acte juridictionnel contient une décision qui sera comme la cause motrice d'opérations matérielles tendant à réaliser la situation juridique, objective ou subjective, dont le juge constate l'existence et l'étendue, ou à effacer l'acte qui a été fait en violation du droit objectif, ou enfin à le réprimer en frappant son auteur d'une pénalité.

Jellinek a voulu distinguer au point de vue matériel les différentes fonctions de l'État par le but en vue duquel elles sont exercées. La législation et la juridiction, dit-il, tendent à la réalisation du droit ; l'administration à la réalisation de la culture.

J'ai déjà dit (§ 24) le grave défaut de cette manière de voir. Pour déterminer le caractère juridique des fonctions de l'État, on ne doit pas, on ne peut pas faire intervenir le but, mais seulement le caractère juridique interne des actes qui en forment le contenu. Le même but étatique peut être poursuivi et atteint par des actes qui peuvent avoir des caractères juridiques internes tout à fait différents.

Cela dit, on ne peut méconnaître que Jellinek a fait une analyse exacte de la fonction juridictionnelle. Il montre qu'elle découle directement de la fonction législative, mais qu'elle en est cependant entièrement

différente. Si l'État se bornait, dit-il, à formuler une règle abstraite, il ne remplirait que tout à fait imparfaitement son but de droit ; il faut encore qu'il fixe d'une manière concrète les états de droit et de fait incertains ; il faut qu'il constate et réprime les violations individuelles du droit objectif, les atteintes aux situations de droit subjectif. Tous les actes qu'il fait pour atteindre ces buts forment le contenu de la fonction juridictionnelle.

En cela, la doctrine de Jellinek se rapproche beaucoup de celle que j'ai exposée, sauf la réserve que je viens de faire en ce qui concerne la place qu'il donne à l'idée de but. Mais au fond, comme moi, Jellinek voit dans l'acte juridictionnel une décision qui est la conséquence logiquement nécessaire de la solution donnée à une question de droit subjectif ou objectif et qui tend à en assurer la réalisation.

Jellinek, *System der öffentlichen Rechte*, p. 12 et s. ; *Allgemeine Staatslehre*, p. 555.

Les jurisconsultes italiens se sont eux aussi beaucoup occupés de la question. Il est impossible d'exposer en détail les diverses doctrines qu'ils ont proposées. Elles ont d'ailleurs un fond commun et ne se distinguent les unes des autres que par les modalités. L'auteur qui me paraît représenter le mieux la doctrine italienne en ce qui concerne la nature de l'acte juridictionnel est le professeur Rocco, avec son livre *La sentenza civile*, 1906.

Il définit la fonction juridictionnelle « une activité de l'État substituée à l'activité de ceux auxquels la norme juridique prescrit, pour la protection d'intérêts déterminés, une certaine conduite par eux non observée » ; et encore « l'activité par laquelle l'État procure directement la satisfaction d'intérêts protégés par le droit quand, pour une raison quelconque, incertitude

ou inobservation, la norme juridique qui les protège n'est pas exécutée » (*loc. cit.*, p. 9).

Rocco fait ensuite une analyse de l'acte juridictionnel dans laquelle il est difficile de ne pas apercevoir l'influence de Laband et de Jellinek. Il définit la sentence juridictionnelle : l'acte par lequel l'État, au moyen des organes de juridiction, applique la norme à un cas déterminé et déclare quelle protection juridique le droit objectif accorde à l'intérêt en jeu. La norme juridique est abstraite ; elle a besoin de devenir concrète ; c'est le juge qui la rend concrète. Mais pour Rocco comme pour Laband, dans cette opération, le juge n'apporte aucune volonté propre à la volonté déjà manifestée par l'organe législatif. Son opération est une pure opération logique ; c'est un syllogisme. La sentence ne contient pas d'autre volonté que celle de la loi traduite en la forme concrète par la décision du juge.

La critique que j'ai adressée plus haut à la doctrine de Laband trouve ici complètement son application.

J'ai montré précédemment, au paragraphe 28 *in fine*, comment pour l'école italienne, et particulièrement pour Rocco, l'action est en elle-même un droit subjectif, ayant son objet propre et absolument indépendant des droits qui peuvent être soumis à l'appréciation du juge.

Jèze, *De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel, Revue du droit public*, 1913, p. 437 et s. — L'article est rempli de choses intéressantes, mais l'auteur me paraît confondre des choses très différentes, notamment la question de compétence et la question d'autorité de la chose jugée, la force exécutoire d'une décision et l'autorité de cette décision. Il a, en outre, le tort grave, à mon sens, de ne pas distinguer les diverses espèces de procès, distinction indispensable pour arriver à des solutions précises et exactes. Il faut rapprocher l'article déjà cité du même auteur, *Revue du droit public*, 1909, p. 666, et *L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux, Revue du droit public*, 1920, p. 670.

Cf. en outre, Japiot, *Traité de procédure civile*, 1916 ; *De la dis-*

tinction de la juridiction contentieuse et de la juridiction gracieuse, Revue trimestrielle de droit civil, 1912, p. 781 et s.; Michoud, *Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration,* 1913; Paul Esmein, *Des effets des décisions de justice sur la reconnaissance et la création des droits,* thèse Paris, 1914; Henry, *De la nature et de la portée des décisions judiciaires en matière gracieuse,* thèse Paris, 1913; Demogue, *Des notions fondamentales du droit privé,* 1911, p. 522; Laferrière, *Compte rendu de l'ouvrage précédent, Revue du droit public,* 1911, p. 808; Maupoint, *Le contrat judiciaire,* thèse Paris, 1911.

Voici quelques indications sur la bibliographie étrangère : Helwigg, *Anspruch und Klagsrecht,* 1900; *Lehrbuch des deutschen civilprozesrechts,* 1905; Kish, *Beitrage zur Urtheilslehre,* 1903; Fr. Stein, *Grenzen und Verziehungen zwischen Justiz und Verwaltung,* 1912, compte rendu dans *Zeitschrift de Grünhut,* XXXIX, 1913, p. 708; Pagenstecher, *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft,* 1905; Fernek, *Die Rechtswidrigkeit,* 2 vol., 1903-1905; Kremer, *Zur Konstruction des Zivilprozesz, Zeitschrift de Grünhut,* 1906, p. 289; Cammeo, *Trattato di giustizia amministrativa,* 1914; Salandra, *La giustizia amministrativa,* 1914; Scialoga, *Giustizia amministrativa,* 1901; Chiovenda, *Principi de diritto processuale,* 3e édit., 1912; *L'azione nel systema dei diritti,* dans *Saggi di diritto processuale civile,* 1904; Mortara, *Commentario del codici e dell leggi di procedura civile.* Cet auteur célèbre en Italie définit la juridiction « la résolution d'un conflit entre la volonté subjective et la norme objective ». Rocco discute longuement cette formule, *loc. cit.,* p. 11, note 11 *in fine.* — Cf. Rocco, *L'autorita della cosa giudicata ei suoi limiti soggestivi;* Galliano Santoro Maria, *La forza obligatoria delle decisioni della IV seziona del consiglio di Stato, Rivista di diritto publico,* 1921, 1re partie, p. 230 et s.; Vitta Gino, *La giurisdizione amministrativa e il diritto obbiettivo,* même Revue, 1921, 1re partie, p. 352 et s.

§ 30. — *La juridiction subjective.*

C'est incontestablement sous cette forme qu'a d'abord apparu la fonction juridictionnelle dans l'histoire des fonctions de l'État. La législation romaine, qui la première a nettement dégagé la fonction de juger, la *jurisdictio,* et l'a distinguée de l'*imperium,* tout en la

confiant en général aux mêmes magistrats, n'a certainement vu dans la *jurisdictio* que la fonction consistant à reconnaître l'existence d'une situation subjective et à prononcer une condamnation, conséquence de cette reconnaissance.

Cela se comprend facilement si l'on se rappelle que le droit romain reposait essentiellement sur une conception individualiste. La rigidité de la fonction juridictionnelle apparaît d'abord dans la procédure des *actions de la loi,* dont le type, le *sacramentum,* simule encore la lutte de deux parties qui prétendent à des avantages contradictoires. Le rôle du juge est, pendant la période formulaire, étroitement délimité dans la *formule* qui le charge d'examiner si la situation de droit existe, de condamner s'il reconnaît qu'elle existe, d'absoudre dans le cas contraire. Même la juridiction criminelle apparaît à Rome et encore pendant longtemps en Europe, jusqu'au triomphe de la procédure inquisitoire du droit canonique, comme la fonction qui consiste à décider si le droit subjectif de la victime de l'infraction a en effet été violé, et à condamner l'auteur de cette violation à une réparation ou à une répression.

Aujourd'hui, c'est encore sous cette forme qu'apparaît le plus habituellement la fonction juridictionnelle, quoique son domaine décroisse au profit de la fonction juridictionnelle objective. Les législations modernes, et particulièrement la française, se sont, sous l'influence du droit romain, imprégnées d'individualisme.

D'une manière générale, il y a juridiction subjective toutes les fois que le juge est appelé à résoudre avant tout et principalement une question de droit subjectif. Mais cette question peut lui être posée dans des hypothèses différentes; le rôle du juge, tout en ayant toujours le caractère subjectif, apparaît cependant, suivant les cas, dans des conditions différentes, et sa décision

avec des caractères aussi différents. Ces hypothèses me paraissent être au nombre de trois, qui vont être examinées successivement.

Première hypothèse. — Il y a juridiction subjective quand l'agent public intervient pour résoudre la question de savoir s'il existe ou non une situation juridique subjective, quelle en est l'étendue, et par suite, comme conséquence logique de la réponse faite à cette question, prendre une décision ayant pour objet de la réaliser.

Il faut avoir toujours présent à l'esprit ce qui a été dit au paragraphe 28, à savoir que ce qui détermine la nature de l'acte juridictionnel c'est la nature de la question de droit posée à l'agent public et pour la solution de laquelle il intervient.

Il y aura donc juridiction subjective quand la question posée est relative à une situation juridique subjective. Celle-ci a des caractères nettement déterminés, et qui ont été indiqués avec détails au tome I, pages 246 et suivantes. Elle implique l'obligation pour une certaine personne individuellement déterminée d'exécuter une certaine prestation une fois pour toutes; elle n'atteint qu'un nombre de personnes individualisées; elle est concrète, spéciale et temporaire. Toutes les fois que la question posée au juge concerne une situation juridique ainsi caractérisée, le juge fait un acte de juridiction subjective, dont les caractères seront déterminés par ceux mêmes de la situation juridique subjective et naturellement calqués sur eux.

Peu importe, d'ailleurs, comment la question se pose et à la suite de quels faits elle se pose; d'une manière générale, je l'ai montré au paragraphe 28, la question de droit posée au juge s'élève à la suite d'un acte ou d'une attitude passive que l'on prétend contraire à la légalité ou à une situation de droit. Par conséquent, le

contentieux subjectif prend naissance toutes les fois qu'il y a, émanant d'une volonté quelconque, un acte, une attitude à l'occasion desquels se pose la question de savoir s'ils sont ou non contraires à une situation juridique subjective; peu importe du reste de quelle volonté ils émanent.

Le plus habituellement, c'est le débiteur de la prestation élément de la situation subjective qui s'abstient de l'accomplir. Très souvent, cette situation apparaît comme un rapport entre deux personnes, entre un sujet actif et un sujet passif; au cas d'inexécution de la part du sujet passif, le sujet actif pose la question au juge. Mais comme je l'ai montré au tome I, pages 257 et suivantes, la situation subjective ne se traduit pas nécessairement en un rapport entre deux sujets. Il arrive parfois qu'on n'aperçoit qu'un sujet passif. Encore ici, ce sera l'abstention de ce dernier qui donnera naissance à la question de droit. Le juge pourra être saisi, soit par un particulier, par exemple un exécuteur testamentaire, au cas de fondation, soit par un agent public. Mais toutes ces éventualités importent peu. Une question de situation juridique subjective étant soulevée par suite de l'inaction du sujet passif, le rôle du juge est toujours le même : dire si cette situation existe, quelle en est l'étendue, et, s'il reconnaît qu'elle existe, prendre une décision tendant à en assurer la réalisation; suivant l'expression consacrée, condamner le débiteur à s'exécuter, cette décision étant exécutoire par l'intervention de la force publique.

Le jugement de condamnation rendu dans l'hypothèse actuellement étudiée est-il un acte juridique nouveau ou n'est-il, au contraire, que la constatation de la situation existant antérieurement et maintenant légalement reconnue? On enseigne, en général, que ce n'est point un acte juridique nouveau, qu'aucun effet de droit

ne lui est consécutif. C'est ce qu'exprime la formule traditionnelle bien connue et précédemment rappelée : les jugements ne créent pas de droits, ils les constatent.

J'estime que c'est très nettement une erreur. En réalité, c'est un acte juridique véritable que fait le juge en prononçant la condamnation ; une situation juridique nouvelle vient se substituer à l'ancienne. Il y a longtemps qu'on a parlé de la novation créée par le jugement. La situation juridique nouvelle n'a pas toujours le même objet que l'ancienne ; par exemple, il y avait une obligation de faire, elle est remplacée par une obligation de dommages et intérêts. Par exemple encore, le débiteur condamné doit des dommages et intérêts en outre de ce qu'il devait avant le jugement. Quant aux voies de droit qui accompagnent la situation juridique née à la suite du jugement, elles sont bien différentes de ce qu'elles étaient auparavant. Désormais, une voie d'exécution forcée est toujours ouverte ; des garanties spéciales sont dans presque toutes les législations accordées aux bénéficiaires d'un jugement, en France, l'hypothèque judiciaire (C. civ., art. 2123).

Pour toutes ces raisons, il ne faut pas hésiter à voir, même pour le jugement rendu dans ce premier cas de juridiction subjective, un acte juridique véritable, à la suite duquel naît une situation juridique nouvelle. Mais cet acte ne peut être détaché de la solution donnée à la question de droit par le juge. Il en est la conséquence logiquement nécessaire. Le juge n'est pas intervenu pour faire cet acte, mais bien pour résoudre la question de droit, et c'est parce qu'il l'a résolue dans un certain sens qu'il doit faire cet acte, prendre cette décision. C'est cette indivisibilité logique des deux opérations qui fait le propre de l'acte juridictionnel.

La décision prise par le juge dans ce premier cas de

juridiction subjective est incontestablement elle-même un acte subjectif ; elle ne peut être qu'un acte subjectif. Le caractère et la portée de la décision juridictionnelle sont naturellement déterminés par le caractère et la portée de la question de droit que le juge est appelé à résoudre. Ce qui fait l'acte juridictionnel, ce qui lui donne son caractère spécifique, c'est le lien logique indissoluble entre la décision prise et la solution donnée à la question de droit. S'il s'agit d'une pure question de droit subjectif, il est évident et logique que la décision prise est elle-même un acte subjectif. C'est un acte qui n'a d'effet qu'à l'égard d'un certain nombre de personnes individuellement déterminées et seulement en ce qui concerne la question posée au juge et résolue par lui. Les personnes qui sont touchées par la décision du juge sont seulement celles qui étaient parties à l'instance. Le jugement ne peut atteindre d'autres personnes que celles-là et il ne peut avoir d'effet que pour le point qui était en question et qui a été l'objet de la solution.

Telle est l'idée consacrée très justement par l'article 1351 du Code civil : « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même, que la demande soit fondée sur la même cause, que la demande soit entre les mêmes parties et formée par elles et contre elles en la même qualité. » C'est très exact, mais la formule est trop longue ; il aurait mieux valu dire tout simplement que la décision de justice n'a d'effet qu'entre les parties en cause et que relativement à l'objet de la question de droit posée au juge. D'autre part, les civilistes ont voulu faire de cette disposition un principe général, absolu ; ils ont voulu l'appliquer à tous les jugements, même à ceux rendus au cas de juridiction objective, dont il va être parlé au paragraphe

suivant. Ils n'ont pas compris que l'article 1351 du Code civil est une disposition qui ne peut s'appliquer qu'au jugement rendu en matière de juridiction subjective et qu'en voulant lui donner une portée générale et l'appliquer même aux décisions rendues en matière de juridiction objective, on aboutit à des conséquences tout simplement absurdes, comme celles, par exemple, auxquelles on a été conduit en l'appliquant aux décisions juridictionnelles rendues en matière de questions d'état.

Deuxième hypothèse. — On ne prétend pas que la situation juridique subjective n'existe pas. On ne conteste pas davantage son étendue. On soutient seulement que l'acte juridique subjectif à la suite duquel elle est née est atteint d'un vice qui est la condition de l'annulation du dit acte. La question posée au juge est uniquement celle de savoir si l'acte considéré est ou n'est pas atteint d'un vice juridique, c'est-à-dire s'il réunit ou non tous les éléments exigés par le droit objectif pour qu'il soit régulier. Il est très important de bien comprendre que cependant ce n'est qu'une question de droit subjectif qui est posée au juge. Sans doute celui-ci est obligé de rechercher si en fait les exigences du droit objectif ont été respectées. Par là, il procède à l'examen d'une question de fait préalable à la question de droit dont il est saisi, celle de savoir si l'acte subjectif considéré est régulier ou non. Puisqu'il s'agit d'un acte subjectif, la question de la régularité d'un pareil acte est certainement une question de pur droit subjectif. Si l'on y regarde de près, on voit qu'en réalité la question est celle de savoir si une situation de droit subjectif est née régulièrement ou non. La question est du même ordre que celle envisagée précédemment, celle de savoir si une situation juridique existe et quelle est son étendue. Si celle-ci est une question de droit subjectif, celle-là l'est assurément aussi.

La décision d'annulation est incontestablement un acte juridique nouveau. Une situation juridique viciée, susceptible d'être annulée, est cependant une situation juridique qui subsiste avec tous ses effets jusqu'au moment où l'annulation est prononcée. Le jugement qui intervient alors rentre directement dans la définition générale que j'ai donnée de l'acte juridique subjectif : une manifestation de volonté avec l'intention qu'à sa suite se produisent la création, la modification ou la suppression d'une situation juridique subjective. Ici, il y a intention qu'une situation juridique préexistante soit supprimée.

Comme dans la première hypothèse envisagée, il y a un acte de juridiction subjective; par conséquent, la décision juridictionnelle est un acte subjectif ne produisant d'effet qu'à l'égard des parties en cause et en ce qui concerne exclusivement ce qui faisait l'objet de la question posée, et cela que la décision soit une annulation ou un refus d'annulation. Si c'est une annulation, l'acte n'est supprimé qu'à l'égard des parties en cause. La situation juridique subjective atteignait un certain nombre de personnes individuellement déterminées, elle n'atteindra plus celles qui étaient parties à l'instance dans laquelle l'annulation a été prononcée ; elle continuera d'atteindre les autres. Si l'annulation a été refusée, le refus ne porte que sur le motif d'annulation qui était invoqué, parce que lui seul faisait l'objet de la question posée au juge. Sur ce point, la question ne peut pas être posée à nouveau, mais elle peut l'être sur un autre; on peut invoquer une autre cause de nullité; c'est une question nouvelle qui est alors posée au juge.

Les actes de juridiction subjective peuvent eux-mêmes être atteints d'un vice. Le recours tendant à leur annulation ou à leur cassation est porté devant une cour

d'appel ou devant la cour suprême. Spécialement le recours en cassation contre une décision rendue en matière de juridiction subjective est un recours subjectif. C'est une question de droit subjectif que résoudra la cour suprême et non point une question de droit objectif. Son rôle est le même que celui du juge qui statue sur la régularité d'un acte subjectif. En dernière analyse, dans les deux cas, la question est de savoir si une situation juridique subjective est née régulièrement ou non, et cela est bien une pure question de droit subjectif.

En pareil cas, l'arrêt rendu par la cour de cassation est un acte de juridiction subjective ayant la portée relative de tous les actes de cette espèce. Mais il n'en est pas ainsi de tous les actes rendus par la juridiction de cassation; on verra au paragraphe suivant des exemples très nets de décision contentieuse objective et ce serait une étude très intéressante que d'analyser en détail, de ce point de vue, les actes juridictionnels de la cour de cassation.

Troisième hypothèse. — La question de contentieux subjectif peut encore se poser d'une troisième manière. Un acte objectif est fait et l'on prétend qu'il porte atteinte à une situation de droit subjectif préexistante. La question est bien encore ici une question de droit subjectif, puisque c'est la question de savoir si la situation juridique subjective est affectée par l'acte objectif. Ce n'est pas la question de savoir si l'acte objectif est régulier, est légal, c'est seulement celle de savoir s'il peut y avoir à la suite de cet acte une modification à une situation juridique subjective.

Le plus souvent, la question se posera à l'occasion d'un acte objectif fait par un agent public, acte réglementaire, acte-condition, par exemple une nomination de fonctionnaire. Mais rien ne s'oppose à ce que la

question se présente à l'occasion d'un acte objectif de droit privé, car il y a des actes objectifs, on l'a montré au tome I, p. 221, aussi bien dans le domaine des relations privées que dans celui du droit public, par exemple le contrat de mariage qui règle le régime des biens des époux et détermine la capacité de la femme, ou encore les statuts d'une société anonyme ou d'une association.

En pareil cas, si le juge reconnaît l'existence de la situation juridique subjective, il décidera que l'acte objectif ne peut y porter atteinte, ou sous une autre forme, ce qui est la même chose, qu'elle n'est pas opposable au bénéficiaire de la situation juridique subjective. Ce ne sera pas une décision d'annulation, mais une décision de non-opposabilité. Les effets qui se rattachent à l'acte objectif seront déclarés non opposables aux personnes qui, parties à la situation juridique subjective, ont soulevé la question. Le juge ne peut décider autre chose, parce que c'est la seule question qui lui est posée. D'autre part, la décision du juge est encore un acte subjectif et ne produit d'effet qu'à l'égard des parties à l'instance. C'est toujours la relativité de la chose jugée en matière de juridiction subjective et seulement en cette matière.

Le conseil d'État, d'ailleurs inconsciemment, fait l'application de l'idée qui vient d'être développée quand il annule les nominations faites à des emplois réservés aux anciens militaires par la loi du 21 mars 1905 (art. 69 et s.), « en tant que ces nominations portent préjudice à d'anciens militaires inscrits sur les tableaux publiés au *Journal officiel* conformément à l'article 72 de la même loi ». On s'est demandé pourquoi le conseil d'État n'annulait pas purement et simplement la nomination comme faite en violation de la loi de 1905. Moi-même, j'ai écrit dans la première édition de ce traité

(t. I, p. 476), « que le conseil d'État paraît méconnaître ici le véritable caractère du recours pour excès de pouvoir, recours objectif ».

Il n'en est rien. Le recours pour excès de pouvoir est bien un recours objectif, comme on le verra au paragraphe suivant; il ne peut aboutir qu'à une annulation totale d'un acte objectif. Mais ici, il n'y a point un recours pour excès de pouvoir, quelle que soit la qualification qu'on donne à l'instance. L'ancien militaire inscrit sur le tableau, publié au *Journal officiel* conformément à l'article 72 de la loi du 21 mars 1905, est par là placé dans une situation juridique subjective. Cette inscription sur le tableau constitue un acte subjectif à la suite duquel naît pour l'intéressé une situation juridique subjective bien déterminée, à laquelle il ne peut être porté atteinte par un acte objectif quelconque. C'est pourquoi, lorsqu'une nomination a été faite à un emploi réservé, l'intéressé bénéficiaire de la situation née de l'inscription au tableau publié ne demande pas, à vrai dire, l'annulation de cette nomination. La question qui se pose n'est pas celle de savoir si la loi est violée. Elle est une pure question de droit subjectif, celle de savoir s'il y a eu atteinte à la situation subjective faite à l'ancien militaire. Si cette atteinte est reconnue, le juge doit logiquement décider que l'acte, en fait la nomination, ne sera pas opposable au bénéficiaire de la situation subjective, c'est-à-dire aux anciens militaires régulièrement inscrits au tableau.

C'est ce que décide le conseil d'État, mais en employant une très mauvaise formule, quand il dit : « La nomination est annulée en tant qu'elle méconnaît le droit du sieur X... d'être nommé à la même date à l'emploi réservé. » Une annulation « en tant que » ne se conçoit pas. Un acte est annulé ou il est maintenu ; il n'y a pas

de milieu. Ce que veut dire le conseil d'État, et il a raison, c'est que la nomination n'est pas nulle, mais qu'elle n'est pas opposable aux anciens militaires dont la situation subjective ne peut être touchée par elle. C'est une décision de juridiction subjective, et elle cadre très bien avec le texte du dernier paragraphe de l'article 73 de la loi du 21 mars 1905.

Les arrêts par lesquels le conseil d'État annule, « en tant qu'elles portent atteinte au droit... », les nominations faites à des emplois réservés aux anciens militaires sont assez nombreux. Je cite à titre d'exemple les arrêts Aubry et Butot du 10 juin 1910, qui paraissent être les premiers dans lesquels se rencontrent la formule (*Recueil*, 1910, p. 450, et *Revue du droit public*, 1910, p. 682, avec une note critique de Jèze, qui me paraît inexacte parce qu'il a incomplètement aperçu le point de vue que je viens d'indiquer). Rapprocher trois arrêts du 22 mars 1918 « annulant, en tant qu'elles portent atteinte aux droits d'anciens militaires portés sur les listes exigées par la loi de 1905... », des nominations faites à des emplois réservés (*Recueil*, 1918, p. 299).

Le conseil d'État fait encore l'application exactement de la même idée quand il décide que le recours pour excès de pouvoir, voie de recours exclusivement de droit objectif, comme on le verra au paragraphe suivant, ne peut jamais être fondé sur la violation d'un contrat. C'est ainsi que le conseil décide, d'une manière constante, que, par exemple, le concessionnaire d'un service ne peut jamais attaquer par le recours pour excès de pouvoir les actes d'autorité contraires au cahier des charges de la concession. Le conseil d'État considère le concessionnaire comme étant, par rapport à l'administration, dans une situation juridique subjective ; sur ce point, il y aurait bien des réserves à faire, mais pour le moment la question n'est pas là. Étant donné qu'il est regardé comme étant dans une situation juridique subjective, s'il est porté atteinte à cette situation par un acte objectif, le concessionnaire est armé d'un recours subjectif et non point d'un recours objectif

comme le recours pour excès de pouvoir. C'est uniquement une question de droit subjectif qui est posée au juge.

On peut citer notamment l'arrêt dit des grandes compagnies, du 6 décembre 1907, qui reconnaît la compétence du conseil de préfecture, juge du contrat, pour statuer sur les réclamations que les compagnies concessionnaires croiraient devoir formuler contre les aggravations de charges résultant pour elles des décrets attaqués (*Recueil*, 1917, p. 921 ; S., 1908, III, p. 1) ; l'arrêt du conseil d'État du 1er août 1913 décidant très nettement pour les tramways de Bordeaux que le recours pour excès de pouvoir ne peut pas être fondé sur la violation du contrat de concession (*Recueil*, 1913, p. 953) ; l'arrêt du 9 février 1917 décidant qu'une compagnie concessionnaire d'un chemin de fer d'intérêt local n'est pas recevable à former le recours pour excès de pouvoir contre la décision d'un préfet qu'elle prétend contraire au cahier des charges de la concession et qu'elle doit porter son action devant le conseil de préfecture, juge du contrat (*Recueil*, 1917, p. 145). Rapp. cons. d'État, 26 novembre 1915 (*Cayenne*), *Recueil*, 1915, p. 326, et S., 1921, III, p. 56 ; 26 novembre 1919 (*Compagnie Est parisien*), *Recueil*, 1919, p. 849. Cf. les remarquables conclusions de M. Pichat, commissaire du gouvernement dans l'affaire Lafage, 8 mars 1912, *Recueil*, 1912, p. 351, et S., 1913, III, p. 1, avec une note d'Hauriou sur laquelle je reviendrai.

Le code de procédure civile (art. 474-479) a organisé sous le nom de tierce opposition une voie de recours spéciale contre les jugements qui entraînent une atteinte à une situation juridique subjective. Beaucoup d'auteurs se sont demandé quel pouvait être le domaine de la tierce opposition, puisque les jugements n'ont d'effet qu'entre les parties et ne peuvent pas réagir sur les tiers. Pénétrés des conceptions subjectivistes traditionnelles, ils n'ont pas aperçu que souvent les jugements sont des actes objectifs ayant une portée générale et que, par conséquent, le bénéficiaire d'une situation juridique subjective, qui se trouve touché par un jugement ayant ainsi une portée générale, doit être armé d'une voie de droit pour faire cesser cette atteinte. Tel est précisément l'objet de la tierce opposition.

Par les exemples qui viennent d'être donnés, on voit que les cas de juridiction subjective se présentent tout aussi bien dans le domaine du droit public que dans celui du droit privé, de même que, on le verra au paragraphe suivant, les exemples de juridiction objective sont aussi nombreux dans le domaine du droit privé que dans celui du droit public. En droit public, toutes les fois qu'il y a lieu de résoudre une question relative à une situation juridique subjective, on se trouve en matière de juridiction subjective, soit qu'il y ait lieu d'apprécier un acte juridique subjectif ou un acte juridique objectif. Mais dans ce dernier cas, le juge, on l'a vu, ne peut point annuler l'acte public de caractère objectif, il peut seulement décider que cet acte ne peut pas modifier la situation juridique subjective, ni s'opposer aux personnes qui y sont parties. Ce sont ces procès subjectifs qui forment ce qu'on appelle depuis longtemps, dans la terminologie du conseil d'État, le contentieux de pleine juridiction qu'on oppose au contentieux d'annulation, expressions très mauvaises parce qu'elles semblent indiquer que les pouvoirs du juge sont plus étendus dans un cas que dans l'autre et que le juge de pleine juridiction ne peut jamais annuler quand le juge du contentieux d'annulation ne peut qu'annuler. Or, en réalité, les pouvoirs du juge sont toujours les mêmes puisqu'ils dérivent des caractères inhérents à la fonction du juge. Si les décisions de justice apparaissent avec des aspects et des conséquences différents, cela dépend uniquement du caractère de la question qui est posée au juge, suivant qu'elle est une question de droit objectif ou une question de droit subjectif. Il ne faut pas opposer contentieux d'annulation et contentieux de pleine juridiction, mais contentieux de droit objectif et contentieux de droit subjectif. A tout prendre cependant les expressions importent peu si l'on s'entend sur les choses qu'elles désignent.

Il convient de rappeler enfin que l'autorité judiciaire intervient bien souvent sans exercer une fonction juridictionnelle. Suivant une terminologie encore souvent employée, on dit qu'elle fait alors des actes de juridiction gracieuse, expression dont les termes sont contradictoires, l'épithète gracieuse semblant exclure l'idée qu'appelle le mot juridiction. L'autorité judiciaire intervient souvent, non pas pour résoudre une question de droit, mais pour faire un acte juridique touchant directement à la liberté ou à la propriété des individus. Cela rentre dans son activité normale, comme on le montrera plus loin aux paragraphes 41 et 42. Il en est ainsi, par exemple, lorsqu'un tribunal autorise une femme mariée à contracter, à plaider, lorsqu'il homologue un acte intéressant un mineur, lorsque le juge d'instruction délivre un mandat de dépôt ou un mandat d'arrêt. De tels actes n'ont rien de juridictionnel. Ils émanent d'agents de l'ordre judiciaire; mais par leur caractère intrinsèque ils sont des actes administratifs, en général, des actes-conditions. Ni de près, ni de loin, ils ne ressemblent à des actes juridictionnels. Ils sont de la compétence de l'ordre judiciaire parce que, comme je le montrerai plus tard, le domaine de celui-ci ne correspond point à celui de la fonction juridictionnelle; il est compétent, en effet, et seul compétent pour prendre une décision touchant la propriété et la liberté des citoyens, même s'il n'y a pas de question de droit à résoudre.

Il ne faut donc pas s'embarrasser, comme ont le tort de le faire certains auteurs, des actes de juridiction gracieuse quand on étudie, comme je le fais maintenant, au point de vue matériel, les actes juridictionnels. Les actes dits de juridiction gracieuse n'ont en aucune espèce de façon le caractère d'actes juridictionnels.

Cf. la bibliographie donnée à la fin du paragraphe 28.

§ 31. — *La juridiction objective.*

Il y a juridiction objective toutes les fois que la question posée au juge est une question de droit objectif. Il va de soi qu'au cas de juridiction objective il peut se faire que, accessoirement, le juge ait à résoudre une question de droit subjectif comme à l'inverse, au cas de juridiction subjective, le juge, on l'a vu, peut parfois avoir à résoudre une question de droit objectif. Mais, de même que pour déterminer le domaine du contentieux subjectif il faut considérer la question principale pour la solution de laquelle le juge intervient, de même pour déterminer le domaine du contentieux objectif, il faut envisager seulement la nature de la question principale dont la solution appelle l'intervention du juge. Le juge doit résoudre une question de droit objectif dans deux hypothèses différentes, qu'il est utile de distinguer, bien qu'au fond elles se ramènent à une seule.

D'abord, la question qui se pose peut être celle de savoir si la règle de droit a été ou non violée par un acte, soit un acte matériel, soit un acte juridique. Si la question se pose pour un acte matériel, on est toujours dans le domaine de la juridiction objective. L'acte matériel ne peut pas donner naissance à une situation juridique; par conséquent, il ne peut pas se poser une question de droit subjectif. La seule question qui puisse s'élever est une question de légalité, c'est-à-dire de pur droit objectif; et ainsi tout le contentieux de la responsabilité pénale et de la responsabilité civile est du contentieux objectif. Au contraire, s'il s'agit d'un acte juridique, il faut soigneusement distinguer, suivant que l'acte est un acte juridique subjectif ou un acte juridique objectif. Quand l'on se trouve en présence d'un acte juridique subjectif et quand la question se pose de savoir

s'il est ou non légal, c'est une question de droit subjectif, puisque, on l'a montré au paragraphe précédent, c'est la question de savoir si une situation juridique subjective est née régulièrement ou si, au contraire, elle est entachée d'un vice rendant nécessaire son annulation. Dans le cas où l'acte attaqué est objectif, on est alors pleinement dans le domaine du contentieux objectif; le juge est saisi uniquement d'une question de légalité. Sans doute, c'est encore la question de savoir si une situation juridique est née régulièrement ou non, mais comme il s'agit d'une situation objective résultant directement de l'application de la loi, le juge n'a réellement à résoudre qu'une question de légalité objective et, par conséquent, on est exclusivement dans le domaine du contentieux objectif.

Il en est de même dans la seconde hypothèse que j'ai annoncée. Une situation de droit objectif existe : on prétend qu'un acte, une attitude, un fait ont été réalisés qui y portent atteinte. On est encore exclusivement dans le domaine du contentieux objectif, même si l'acte que l'on prétend porter atteinte à la situation objective est un acte subjectif. En effet, la question principale à résoudre est alors celle de savoir quelles sont la force et l'étendue de cette situation juridique objective et, par conséquent, c'est bien une question de droit objectif que devra résoudre le juge. Sans doute, il devra peut-être apprécier un acte subjectif, mais ce n'est qu'accessoirement. La question principale qu'il doit résoudre est une question de droit objectif. A l'inverse, on l'a vu au paragraphe précédent, si la question est de savoir s'il a été porté atteinte par un acte objectif à une situation juridique subjective, on est dans le domaine du contentieux subjectif.

L'hypothèse de juridiction objective que j'envisage actuellement se présente toutes les fois que l'on invoque

une certaine situation de droit objectif, par exemple un état, un statut, et qu'on prétend qu'un acte quelconque y porte illégalement atteinte. C'est ainsi que toutes les questions contentieuses, dites questions d'état (nationalité, filiation, mariage), donnent naissance à des actes de juridiction objective.

Quant au caractère et à la portée de la décision rendue au cas de juridiction objective, ils découlent, comme au cas de juridiction subjective, du caractère et de la portée de la question posée au juge, et cela pour la même raison que précédemment. Ce qui fait que l'acte juridictionnel possède un caractère spécifique, c'est son union logiquement indissoluble avec la solution donnée à la question soumise au juge et résolue par lui.

Lorsque la question est de savoir si la loi a été violée par un fait constituant une infraction, la réponse affirmative implique une condamnation pénale prononcée contre l'individu reconnu coupable. Il y a lieu alors à ce qu'on appelle le contentieux de la répression. Quand l'acte que l'on prétend contraire au droit est un acte matériel, ne constituant pas une infraction, le juge, s'il répond affirmativement à la question, accorde une réparation.

Dans le cas où la violation de la loi résulte d'un acte juridique de caractère objectif, il y a lieu de prononcer l'annulation de cet acte. Il en est de même lorsqu'il y a une atteinte à une situation de droit objectif régulièrement établie. Comme je le disais plus haut, ces deux hypothèses se ramènent à une seule. Dans les deux, que l'on reconnaisse que l'acte est contraire à la loi ou qu'il porte atteinte à une situation légale, il y a lieu d'annuler l'acte. Quoique l'expression, on l'a dit plus haut, ne soit pas très exacte, je dirai comme le conseil d'État qu'il y a ici contentieux de l'annulation, et je précise : contentieux objectif de l'annulation.

Enfin, quand le juge est appelé à dire s'il y a une situation de fait contraire à l'état légal d'un individu (nationalité, paternité, mariage, filiation, électorat), le juge ordonne tous les actes nécessaires afin que cet état soit désormais régulièrement constaté et légalement protégé. C'est le contentieux des questions d'état.

Il n'est pas inutile de consacrer quelques mots à ces quatre catégories de contentieux objectif, lesquelles, bien entendu, n'embrassent pas tous les cas de contentieux objectif, mais peuvent être considérées comme des catégories types.

1° *Contentieux de la répression.* — La juridiction pénale est devenue aujourd'hui une juridiction objective. Pendant longtemps, tant que le système de la procédure accusatoire prévalut, elle fonctionnait comme une juridiction subjective, puisque c'était la victime de l'infraction qui faisait le procès pénal, revendiquant son droit à une répression ou à une réparation. Il en est encore, dans les législations modernes, resté quelques traces, par exemple, en France, le droit de citation directe en matière correctionnelle, reconnu d'une manière générale par l'article 182 du code d'instruction criminelle et existant dans des conditions particulières pour certains délits, comme le délit de diffamation. Le droit de la partie civile en matière criminelle peut être considéré aussi comme un dernier reste du système accusatoire. Mais, sauf ces quelques survivances du passé, la juridiction pénale s'est *socialisée* et *objectivée*.

La question qui se pose en matière pénale n'est point de savoir si telle ou telle personne a droit à ce qu'une répression soit prononcée, mais seulement de savoir si la loi a été violée ou non. Certains auteurs, notamment Artur, parlent bien « du droit de la société qui a été violé par des crimes, délits ou contraventions... » (*loc. cit.*, p. 13). Dans leur pensée, il s'agit là d'un droit

subjectif. Ce droit subjectif de la société à ce qu'il n'y ait pas d'infraction est imaginaire. La société n'est point une personne juridique, même quand elle est organisée en État. Et l'État serait-il en effet une personne juridique, on ne pourrait dire évidemment qu'il a un droit subjectif à ce qu'il n'y ait pas d'infraction. L'État a le pouvoir de faire des lois prohibant et punissant certains faits et de juger si la loi a été violée par l'accomplissement du fait prohibé. La seule question sur laquelle il y ait à statuer, c'est celle de savoir s'il y a eu ou non violation de la loi; et c'est une pure question de droit objectif.

Comme le fait observer Binding, si l'État avait un droit subjectif à la répression, l'infracteur se trouverait débiteur de la peine envers l'État au moment même où il a commis l'infraction. Or, il n'en est certainement pas ainsi puisque le délinquant peut se soustraire à la peine dont il est menacé, avant qu'elle soit prononcée contre lui, sans porter atteinte à une situation de droit quelconque. Si l'infracteur était débiteur de la peine envers la société, on ne pourrait pas expliquer comment il est présumé innocent jusqu'à ce qu'il soit condamné.

Binding, *Die Normen und ihre Vertretung*, I, p. 12 et 66; Rende Domenico, *L'unita fondamentale del processo civile e del processo penale, Rivista di diritto publico*, 1921, 1re partie, p. 372 et s.; Bottaglini, *La Norme del diritto penale e i loro destinatari*, 1910.

Lorsque le tribunal répressif constate qu'il y a eu violation de la loi par un fait puni d'une peine, il prononce cette peine. La décision n'est pas alors la constatation d'un droit subjectif antérieur et l'injonction au sujet passif d'accomplir la prestation qu'il implique. A la suite de la décision portant condamnation pénale naît une situation juridique entièrement nouvelle. C'est à partir de ce moment que le délinquant cesse d'être prévenu ou accusé pour devenir condamné ou débiteur

de la peine. On touche ainsi du doigt la différence capitale qui existe entre l'acte de juridiction subjective et l'acte de juridiction pénale, acte de juridiction objective.

La condamnation n'est pas un acte administratif proprement dit, parce qu'elle est la conséquence forcée, logique de la constatation de la violation de la loi. Elle apparaît encore comme la conclusion d'un syllogisme dont la majeure est la disposition de la loi, la mineure, la constatation du fait constituant l'infraction, et la conclusion, les termes de la condamnation. Il n'y a pas là véritablement un acte administratif, parce qu'il n'y a pas une manifestation de volonté faite avec l'intention exclusive de créer une situation de droit nouvelle, mais une manifestation de volonté rendue *logiquement* nécessaire par la constatation de l'infraction faite à la loi.

Cependant si l'on prend la décision du tribunal répressif en elle-même en la détachant par la pensée de la solution juridique dont elle est la conséquence logiquement nécessaire, elle apparaît très nettement comme un acte juridique condition, acte objectif; et comme elle émane d'un agent public, prise en soi, elle est évidemment un acte administratif au sens matériel et tout à fait général du mot. Cf. *supra*, §§ 23 et 26. Le jugement de condamnation est un acte de volonté qui conditionne la naissance d'une situation légale nouvelle, le statut de condamné. Il y a là, on ne saurait le contester, une situation légale, une situation objective dont le contenu est le régime auquel est soumis le condamné pour l'exécution matérielle de la peine et aussi toutes les déchéances légalement rattachées à la condamnation. Quant à la décision d'acquittement, elle a aussi le caractère d'un acte juridique condition, acte objectif qui conditionne la cessation de

l'état de prévenu ou d'accusé. Cet état est aussi une situation légale qui naît à la suite de l'ordonnance du juge d'instruction ou de l'arrêt de renvoi rendu par la chambre d'accusation, acte juridictionnel conditionnant la naissance d'une véritable situation légale qui disparaît à la suite de la décision d'acquittement. Celle-ci, dès lors, a bien le caractère d'un acte condition puisque à sa suite disparaît une certaine situation légale.

La décision rendue par le tribunal répressif étant un acte objectif condition a naturellement une portée générale. Il ne peut être question d'appliquer ici le principe de la relativité de la chose jugée. Il naît une situation juridique objective, une situation légale dont le propre, on le sait, est d'avoir une portée générale, de s'opposer à quiconque, de s'imposer même aux autres tribunaux quel que soit l'ordre auquel ils appartiennent, de s'imposer aux tribunaux administratifs comme aux tribunaux judiciaires.

Bien entendu, en disant que la situation née à la suite de la décision rendue par un tribunal répressif a une portée générale, cela n'est vrai qu'en tant qu'elle s'applique à un individu déterminé. Cela ne veut pas dire que la situation faite à une personne pourrait être conditionnée par la condamnation prononcée contre une autre. Par exemple, une condamnation étant prononcée contre l'auteur principal et le complice, les situations faites à l'un et à l'autre sont d'ordre général; ils ont l'un et l'autre l'état de condamné pour tout le monde et pour tout tribunal. Mais ces deux situations sont indépendantes et le sort du complice ne reste pas indissolublement lié à celui de l'auteur principal. Par exemple, l'appel formé par le complice peut être recevable, bien que l'auteur principal n'ait pas fait appel et soit forclos.

C'est ce qu'a très justement décidé la cour de cassation,

chambre criminelle, en cassant un arrêt de la cour de Poitiers, 22 juillet 1910, S., 1914, 1, p. 49, avec une note de Roux.

Au contraire, il est de jurisprudence constante que la décision rendue par un tribunal répressif s'impose à toutes les juridictions quand indirectement la question de culpabilité se pose devant une autre juridiction, soit pénale, soit civile, soit administrative. Cf. notamment Cass., 28 juin 1905 et 5 avril 1909, S., 1909, I, p. 310, et 5 février 1913, S., 1913, I, p. 303. Voici le sommaire de ce dernier arrêt : « Le juge civil ne peut méconnaître ce qui a été jugé définitivement au criminel, soit quant à l'existence du fait qui forme la base commune de l'action publique et de l'action civile, soit quant à sa qualification légale, soit quant à la participation des personnes à ce fait. » La chambre des requêtes a jugé de même dans deux arrêts des 17 janvier et 13 novembre 1917, où on lit : « Attendu que les décisions de la justice criminelle ont au civil l'autorité de la chose jugée à l'égard de tous » (D., 1922, I, p. 52).

2° *Contentieux de la réparation.* — Bien que cette expression ne soit pas encore passée dans l'usage, je l'emploie, parce qu'elle me paraît commode et exacte, pour déterminer le rôle du juge intervenant au cas où il y a un acte ou un fait non juridique violant le droit objectif, mais ne constituant pas une infraction.

Le principe général prohibant, quoique ne constituant pas une infraction, tout acte commis contrairement au droit et causant un préjudice à autrui est toujours celui inscrit à l'article 1382 du code civil. Je n'ai pas naturellement à indiquer ici la portée de l'article 1382 d'après la doctrine et la jurisprudence actuelles, ni à déterminer les éléments de la théorie de l'abus du droit, ni davantage à rechercher s'il peut y avoir une responsabilité sans faute fondée sur le risque, une responsabilité objective. Supposons seulement un acte ne constituant pas une infraction, mais prohibé par le droit, un fait, un état de choses contraires au droit objectif, et étant, d'après le droit moderne (par exemple L. 9 avril 1898), la source d'une responsabilité. La question est portée devant un tribunal : c'est une pure question de droit objectif. D'un

fait contraire au droit, d'un acte qui n'est pas fait dans l'intention de créer un effet de droit, n'a pu naître une situation subjective au profit de l'individu victime du préjudice. Celui-ci, en s'adressant aux tribunaux, n'invoque pas un droit subjectif qu'il n'a pas, ne peut pas avoir ; il soutient seulement que la loi a été violée, et il demande que le juge tire la conséquence logique de la constatation par lui faite de la violation de la loi ; cette conséquence est une réparation. Le juge, en ordonnant une réparation, exerce une juridiction objective ; il crée une situation de droit nouvelle ; son acte n'est pas un acte administratif, parce que, comme la condamnation pénale, il n'est que la conséquence logique et forcée de la constatation que le droit objectif a été violé. Cf. t. I, p. 156 et s.

La décision rendue au cas de contentieux de la réparation est une condamnation à des dommages et intérêts contre la personne reconnue responsable au profit de celle qui a été victime du dommage. Il naît entre elles deux une situation juridique subjective ; c'est même la situation juridique subjective type, le rapport de créancier à débiteur. C'est à la suite du jugement et seulement à ce moment-là que naît cette situation. Le jugement est très nettement alors un acte juridique subjectif. On dit bien couramment, à la suite de Pothier et du code Napoléon, que la dette naît alors du délit. J'ai montré au tome I, pages 156 et suivantes, que c'était absolument inadmissible. C'est une de ces contre-vérités que l'esprit traditionaliste des juristes se transmet d'âge en âge. L'erreur apparaît évidente si l'on réfléchit un peu, et surtout aujourd'hui où très fréquemment la responsabilité est engagée en dehors de tout délit. C'est le jugement de condamnation qui seul conditionne la naissance de la créance au profit de la victime ; jusque-là il y avait une voie de droit ouverte, il n'y avait pas de créance.

Le jugement étant un acte juridique subjectif aura nécessairement une portée toute relative conformément à la règle inscrite à l'article 1351 du code civil. C'est sans doute une question de droit objectif qui a été posée au juge. Mais la solution donnée rend logiquement nécessaire la naissance d'une créance. L'acte qui la conditionne est dès lors un acte subjectif qui ne peut avoir que la portée d'un tel acte, c'est-à-dire qui ne s'applique qu'aux personnes qui y sont parties.

Jèze a vivement contesté ma manière de voir sur ce point (*Revue du droit public,* 1909, p. 666). Reproduisant l'opinion que j'exposais en 1901 dans mon volume *L'État, le droit objectif et la loi positive,* il estime que tout individu victime d'un préjudice dans certaines conditions peut, par un acte unilatéral de volonté, faire naître à son profit une créance ayant pour objet la réparation de ce préjudice, que c'est cette créance qui est déduite en justice et que le contentieux de la réparation est essentiellement un contentieux subjectif. A l'appui de cette solution, il fait observer que le juge n'est pas libre de fixer le montant de la réparation, qu'il peut accorder moins que ce qui est demandé, mais qu'il ne peut accorder plus sous peine de statuer *ultra petita.*

L'argument est loin d'être probant. Pour être fondée sur la violation du droit, la condamnation n'en a pas moins pour but principal de sauvegarder un intérêt privé. Il n'y a rien donc d'étonnant que le pouvoir du juge soit limité quant au maximum par la demande de l'intéressé. D'autre part, ce qui montre que la condamnation est la conséquence logique de la violation du droit objectif, et non la reconnaissance de la créance née d'un acte de volonté unilatéral du demandeur, c'est que le juge doit appliquer la loi en vigueur au moment de l'acte qui a occasionné le préjudice et non celle en vigueur au moment où s'est manifestée la volonté de la victime.

Ainsi donc, quoi que prétende Jèze, au cas de contentieux de la réparation, le jugement qui accorde des dommages et intérêts est bien nettement un acte subjectif à la suite duquel naît une situation subjective de créancier et de débiteur. Il est certain qu'ici le jugement est autre chose qu'une constatation ; il est un acte juridique subjectif caractérisé et il faut appliquer toutes les conséquences qui s'y rattachent, notamment celles qui concernent la relativité de l'acte.

Jèze dit que la solution qu'il donne est généralement admise. C'est vrai pour la doctrine. Mais cette solution ne cadre pas avec la jurisprudence de la cour de cassation. Celle-ci décide, en effet, qu'un concordat n'est pas opposable au créancier de dommages et intérêts en vertu d'un quasi-délit antérieur quand le jugement qui a prononcé la condamnation aux dommages-intérêts est postérieur au concordat, alors même que la demande est antérieure. La cour suprême estime qu'avant le jugement allouant les dommages et intérêts, la victime du quasi-délit « n'a *aucun droit reconnu*, aucun titre de créance dont elle puisse se prévaloir ». Cass., 19 janvier 1898, S., 1899, I, p. 55 ; 22 octobre 1901, S., 1901, I, p. 504, et surtout 11 avril 1907, S., 1907, I, p. 433, avec une note de Lyon-Caen qui critique cette solution, mais n'allègue aucune raison sérieuse. Cf. une très bonne note de Bourcart, sous Cass., 22 octobre 1907, S., 1909, I, p. 513.

Ces solutions de la cour suprême sont la confirmation très nette de ma manière de voir : le concordat n'est pas opposable, parce que, en réalité, la créance ne naît que par l'effet du jugement postérieur au concordat et non par l'effet du quasi-délit ou de la demande antérieurs au concordat.

3° *Contentieux de l'annulation.* — On suppose maintenant que l'acte, qui est une violation de la loi, a été fait en vue de créer une situation de droit, qu'il est un acte juridique. La conséquence de cette violation de la loi est alors l'annulation de l'acte.

Mais cette question d'annulation peut se présenter dans deux hypothèses différentes qu'il faut distinguer soigneusement :

Première hypothèse. — Au paragraphe précédent, j'ai

montré que lorsque la question d'annulation se posait pour un acte juridique subjectif, il y avait lieu toujours à juridiction subjective parce que la question principale soumise au juge est celle de savoir si une situation subjective existe régulièrement, la question de légalité ne se posant qu'en second lieu pour permettre de résoudre la question principale. Je ne reviens pas sur les explications données précédemment à ce sujet. Mais si la question de régularité d'un acte et, par conséquent, la question d'annulation se posent pour un acte objectif, il y a lieu, au contraire, à la juridiction objective. La question principale qui est alors soumise au juge est une pure question de droit objectif. On le comprendra facilement si l'on examine successivement les deux catégories d'actes objectifs, les actes-règles et les actes-conditions.

Pour les actes-règles, la chose est évidente. Une règle nouvelle est établie, une règle ancienne est supprimée ou modifiée. A la suite d'un pareil acte, il ne naît aucune situation juridique subjective; seule peut naître une situation objective. La seule question qui puisse se poser est donc celle-ci : cette règle est-elle conforme ou contraire à un droit objectif supérieur à elle; si oui, la règle nouvelle doit être maintenue; si non, elle doit être annulée.

L'acte juridictionnel qui prononce l'annulation de cette règle est nécessairement lui-même un acte objectif ayant la portée générale de l'acte-règle en jeu. L'annulation étant prononcée, on se trouve, au point de vue de la règle à appliquer, dans la situation où l'on était antérieurement à l'acte-règle annulé. Si le juge refuse d'annuler l'acte-règle, celui-ci subsiste, bien entendu, tel quel. Mais rien n'empêche que l'annulation soit ensuite demandée par une personne autre ou pour un autre motif. Cela n'est nullement contraire au carac-

tère objectif de la juridiction en pareille hypothèse. Il y a simplement une question de recevabilité du recours. Il reste que le juge n'a jamais à résoudre dans l'hypothèse où nous sommes qu'une question de droit objectif.

Il en est de même au cas où la question de régularité se pose pour un acte-condition. Il y a toujours alors une situation juridique objective et la question que doit résoudre le juge est celle de savoir si cette situation existe régulièrement. S'il répond non, il doit, en conséquence, prononcer l'annulation. Le juge résout alors exclusivement une question de droit objectif, comme au cas d'acte-règle, une question de légalité, puisque la situation juridique objective est le résultat direct de l'application du droit objectif, de la loi, à un individu déterminé. La décision juridictionnelle est alors un acte-condition, de même nature que celui au sujet duquel la question a été posée au juge.

Cette décision ne peut être que le refus d'annulation ou l'annulation de l'acte-condition attaqué. Le refus d'annulation, c'est la confirmation de l'acte attaqué. Je suis disposé à croire cependant que l'acte-condition constitué par la décision juridictionnelle se substitue à l'acte attaqué et qu'il y a ainsi un acte nouveau, comme lorsque un jugement reconnaît une situation juridique subjective.

Si l'annulation est prononcée, la décision qui la prononce est évidemment un acte juridique nouveau, un acte qui est la condition de la disparition de la situation juridique objective qu'irrégulièrement on avait voulu faire naître; il conditionne le rétablissement de la situation antérieure, s'il y en avait une qu'irrégulièrement on avait voulu supprimer, modifier ou remplacer. La décision juridictionnelle est alors un acte-condition avec tous les caractères et toute la portée d'un pareil acte, portée générale par définition, la situation juri-

dique objective étant opposable à tous et permanente. La situation est annulée, non pas seulement à l'égard de ceux qui étaient parties au procès, mais *erga omnes*. Une situation juridique objective cesserait, en effet, d'avoir ce caractère si elle existait à l'égard des uns et point à l'égard des autres. Il faut, cependant, toujours faire cette réserve que si le juge refuse de prononcer l'annulation de l'acte objectif, la demande d'annulation pourrait cependant plus tard être formée par une autre personne ou en vertu d'un autre motif. Mais c'est là une question de recevabilité tout à fait étrangère à la portée que doit avoir le jugement en matière de contentieux objectif.

Deuxième hypothèse. — Le contentieux objectif d'annulation apparaît dans une seconde hypothèse. Ici, il est vrai, il touche de très près au contentieux subjectif. Au paragraphe précédent, j'ai prévu le cas où une situation juridique subjective existant, un acte objectif était fait qui y portait atteinte et j'ai montré que le recours ouvert alors était un recours subjectif. Si l'on suppose, à l'inverse, qu'une situation juridique objective existe régulièrement et que par un acte subjectif on tente d'y porter atteinte, la question qui est alors posée au juge est uniquement de droit objectif. Elle est, en effet, celle de savoir quelle est l'étendue de la situation juridique objective, celle de savoir quelle est la loi dont dérive cette situation. On verra un peu plus loin des exemples concrets d'une pareille hypothèse. Le contentieux qui s'élève alors est certainement objectif. Sans doute, la décision qui sera rendue annulera un acte subjectif, mais elle sera la conséquence logique de la reconnaissance d'une situation objective ; elle sera elle-même un acte-condition et elle aura la portée générale de la situation juridique objective qu'elle reconnaît.

Des exemples vont permettre de préciser ce que l'exposé qui précède peut avoir d'un peu abstrait. Il ne faudrait pas croire, ce serait une grave erreur, que le contentieux objectif de l'annulation n'existe que dans le domaine du droit public. Sans doute, il a acquis en droit public, grâce à l'organisation jurisprudentielle de la voie de droit objective, appelée recours pour excès de pouvoir, une ampleur et une précision qu'il n'a pas encore dans le domaine du droit privé. Cela explique comment le contentieux objectif de l'annulation a souvent échappé aux civilistes et aux procéduriers, je veux dire aux juristes qui se sont spécialisés dans l'étude du droit et de la procédure civils. Une analyse exacte montre que même en droit privé, le domaine du contentieux objectif d'annulation est extrêmement étendu.

D'abord, il apparaît toutes les fois que l'on demande l'annulation d'un acte-règle, et il y a des actes-règles en droit privé comme en droit public; je l'ai montré au tome I, page 221 et suivantes, par exemple, les statuts d'une société ou les statuts d'une association. Si la question est posée au juge de la régularité légale de pareils actes, incontestablement celui-ci n'a qu'à résoudre une question de droit objectif. S'il prononce l'annulation de ces statuts, sa décision aura certainement une portée générale, tout comme celle qui prononce l'annulation d'un règlement administratif. Elle s'imposera *erga omnes* et non pas seulement aux parties en cause.

La jurisprudence décide couramment que les décisions de justice prononçant la nullité d'une société produisent leurs effets *erga omnes* et non pas seulement à l'égard des parties au procès. Cass. req., 2 juillet 1873, D., 1874, I, p. 49; Cass. civ., 21 novembre 1916, D., 1921, I, p. 10. Certains auteurs, notamment Lacour, sous arrêt de 1916 précité, disent qu'il y a là une dérogation à l'article 1351 du Code civil. Ce n'est pas exact; il n'y a point de dérogation à ce texte, parce qu'il n'a été écrit que pour les jugements rendus en matière de juridiction subjective et que l'on est ici en plein dans le domaine de la juridiction objective.

Sur l'annulation des statuts des sociétés commerciales, on consultera le beau livre du professeur Hémard, *La nullité des sociétés commerciales*, 1912, où il y a beaucoup de bonnes choses, mais où la distinction du contentieux objectif et du contentieux subjectif n'a été qu'entr'aperçue.

Le droit privé offre de nombreux exemples d'actes-conditions : mariage, reconnaissance d'enfant naturel, légitimation, adoption, et encore, on peut très justement le soutenir, le contrat de mariage réglant le régime des biens entre époux et la capacité de la femme, et aussi tous les actes relatifs au transfert de la propriété et à la constitution des droits réels. L'analyse détaillée de ces actes ne peut être faite ici; mais si, comme je le crois, la propriété doit de plus en plus être considérée comme une situation de droit objectif, une situation légale, les actes qui y sont relatifs sont bien des actes-conditions. Quoi qu'il en soit, toutes les fois qu'une question de légalité d'un de ces divers actes-conditions se présente, le juge est saisi d'une question de droit objectif. Il n'a point à rechercher s'il existe ou non une situation juridique subjective, mais seulement si le droit objectif a été ou non violé. La décision d'annulation qu'il prendra sera elle-même un acte-condition ayant exactement les mêmes caractères et la même portée générale que l'acte attaqué.

Ainsi, en droit public comme en droit privé, il y a souvent lieu à un contentieux objectif d'annulation. Tout ce que l'on peut dire, c'est que l'on aperçoit difficilement comment pourrait se présenter en droit privé le deuxième cas de contentieux objectif d'annulation, celui où le bénéficiaire d'une situation juridique objective est atteint par un acte subjectif de droit privé. En effet, les actes subjectifs de droit privé sont presque toujours, sinon toujours, des contrats ne produisant d'effets qu'à l'égard des parties contractantes et de leur consentement. Elles ne peuvent donc pas être fondées

à soutenir qu'un acte subjectif fait de leur consentement porte atteinte à une situation juridique dont elles sont bénéficiaires. Mais on a vu au paragraphe précédent que l'inverse n'est pas vrai et que le bénéficiaire d'une situation subjective de droit privé peut être atteint par un acte objectif de droit privé, que cela peut donner lieu à une action de pur droit subjectif et notamment à la voie de recours prévue au code de procédure sous le nom de tierce opposition quand l'acte de droit privé de caractère objectif est un jugement (C. proc., art. 476-477).

Les jugements rendus en matière de contentieux objectif de droit privé sont des actes objectifs conditions. Par conséquent, les décisions des juridictions supérieures qui seront saisies de la question de leur validité seront, elles aussi, des actes de juridiction objective. La proposition s'applique à la juridiction d'appel quand elle est saisie seulement de la question de nullité concernant le jugement rendu en premier ressort et surtout à la juridiction de cassation. J'ai déjà dit au paragraphe précédent que le caractère de la juridiction de cassation demandait à être analysé avec soin et qu'il dépendait de la nature de la décision juridictionnelle entreprise. Si elle est un acte subjectif, la juridiction de cassation est subjective; si elle est un acte objectif, la juridiction de cassation est elle-même objective. La décision prononçant la cassation aura la portée générale qui appartient à toute décision d'annulation touchant un acte objectif, et cela pour la raison indiquée précédemment.

Ce que je dis là est vrai quel que soit le tribunal de cassation intervenant, et notamment dans les pays où existe la séparation des deux ordres de juridiction, en France par exemple, que la décision de cassation émane de la cour de cassation ou du conseil d'État

statuant comme tribunal de cassation. On a demandé parfois quelle différence existait entre la décision du conseil d'État prononçant l'annulation d'un acte administratif sur le recours pour excès de pouvoir et celle prononçant la cassation d'une décision juridictionnelle : la seconde est une décision de droit objectif seulement dans le cas où le jugement cassé était lui-même un acte objectif.

La distinction des deux contentieux objectif et subjectif est donc générale, vraie en droit privé comme en droit public. Cependant, on ne saurait méconnaître que pour le moment la distinction est beaucoup plus nettement déterminée devant les juridictions de droit public que devant les juridictions de droit privé. En France, cela est dû à la construction qui a été élaborée par le conseil d'État de la voie de droit exclusivement objective qu'est le recours pour excès de pouvoir. On étudiera au tome III, en détail, cette voie de recours; je veux insister ici sur son caractère exclusivement objectif.

Le recours pour excès de pouvoir comme recours objectif. — Tel qu'il a été élaboré lentement par la jurisprudence du conseil d'État, tel qu'il a été législativement consacré par l'article 9 de la loi du 24 mai 1872, le recours pour excès de pouvoir tend à l'annulation pour violation de la loi ou des règlements des actes émanés des diverses autorités administratives. Il a le caractère d'un recours contentieux d'annulation objective. Par conséquent, il ne peut être recevable que dans les cas d'annulation objective que j'ai analysés et qui paraissent seuls possibles.

Il est recevable : 1° pour faire tomber un acte-règle que l'on prétend fait en violation de la loi; 2° pour faire tomber un acte objectif condition que l'on prétend contraire à la loi; 3° pour faire tomber un acte objectif

ou subjectif qui a un contre-coup sur une situation juridique objective. Dans ces trois cas, et seulement dans ceux-là, le juge ne doit résoudre qu'une question de droit objectif :

1° Lorsqu'il s'agit d'un acte-règle, d'un règlement, la chose est simple et la solution évidente. Le requérant ne prétend pas qu'une atteinte ait été portée à une situation juridique subjective dont il serait le bénéficiaire ; encore moins prétend-il à un droit subjectif. Il n'invoque même pas l'existence d'une situation juridique objective à son profit. Il soutient seulement que la règle formulée par un agent public l'a été en violation d'un droit objectif supérieur s'imposant à lui. Peu importe d'ailleurs la forme qu'affecte la violation du droit objectif supérieur, que l'auteur de l'acte ait violé la loi par l'objet donné à l'acte, ou par le but en vue duquel il l'a fait, qu'il y ait, suivant la terminologie consacrée, excès de pouvoir ou détournement de pouvoir, les caractères du recours et de l'acte juridictionnel qu'il provoque sont exactement les mêmes.

La décision qui refuse de prononcer l'annulation porte seulement ou bien que le requérant n'avait pas qualité pour agir, ou bien que le motif d'annulation invoqué n'était pas fondé. Par conséquent, cette décision n'écarte pas un nouveau recours fondé sur un autre motif ou formé par une autre personne ou par la même personne agissant en une autre qualité.

Mais, au contraire, si la juridiction prononce l'annulation de l'acte-règle, sa décision a une portée générale. L'acte-règle est supprimé *erga omnes;* les choses sont comme s'il n'avait jamais été fait. L'acte-règle est, par définition, une disposition par voie générale s'appliquant à toute personne se trouvant dans les conditions prévues, et la raison se refuse à comprendre un acte-règle qui ne s'appliquerait pas à certaines personnes.

Tel règlement administratif ayant été annulé par le conseil d'État, il est anéanti et nul ne peut s'en prévaloir devant aucune juridiction comme aucune juridiction ne peut en faire l'application. Une juridiction judiciaire qui ferait application d'un règlement administratif annulé par le conseil d'État sur recours pour excès de pouvoir violerait incontestablement le droit objectif, et sa décision devrait être cassée par la cour suprême.

Jusqu'à ces dernières années, la solution que j'indique, conséquence rationnelle du caractère objectif appartenant au recours pour excès de pouvoir, était admise sans difficulté. Mais un arrêt du conseil d'État du 29 novembre 1912 a donné lieu à de nombreuses controverses. A mon avis, il est le résultat d'une inadvertance de la haute juridiction, qui admet la recevabilité d'une tierce opposition dirigée contre un arrêt ayant prononcé l'annulation d'un décret, ce qui aboutit à cette conséquence que si la tierce opposition avait triomphé sur le fond, le décret aurait été annulé pour tout le monde excepté pour une seule personne, le demandeur à la tierce opposition, ce qui me paraît inintelligible.

L'arrêt dont je parle est l'arrêt *Boussugue* du 29 novembre 1912, qui admet la recevabilité de la tierce opposition contre un arrêt du 7 juillet 1911, ayant annulé sur recours pour excès de pouvoir l'article 61 du décret du 8 octobre 1907 sur les Halles centrales de Paris. Le commissaire du gouvernement, M. Léon Blum, concluait très nettement et très justement à la non-recevabilité de la tierce opposition. Il invoquait le précédent de l'arrêt du 8 décembre 1899 qui, sur les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Jagerschmidt, avait rejeté la tierce opposition formée contre un arrêt prononçant l'annulation d'un acte administratif sur recours pour excès de pouvoir, « considérant que les instances engagées par application des dispositions des lois des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872 n'ont pas le caractère de litiges entre parties... », en d'autres termes, parce que, le recours

pour excès de pouvoir étant un recours objectif, la décision rendue sur lui a une portée générale et s'oppose même aux parties qui n'ont pas été mises en cause (*Recueil*, 1899, p. 719, et S., 1900, III, p. 73, avec une note d'Hauriou). En 1912, le conseil d'État rejette cette solution et malgré les conclusions de M. Léon Blum déclare la requête en tierce opposition recevable : « Considérant que les requérants soutiennent qu'en leur qualité d'approvisionneurs ils ont été personnellement privés par la décision précitée d'un droit qu'ils tenaient de la loi du 11 juin 1896 et du décret du 28 octobre 1907. »

Cette solution ne soutient pas l'examen. J'ai montré au paragraphe précédent qu'en effet celui qui est partie à une situation juridique subjective peut invoquer cette situation pour faire juger qu'un acte objectif ne lui est pas opposable et que lorsque l'acte objectif qui le lèse est un jugement, la voie de droit qui lui est ouverte est la tierce opposition. Mais il n'en est ainsi que lorsqu'une situation juridique subjective est invoquée et qu'elle vient contredire un acte tendant à créer une situation objective. Or, tel n'est pas le cas lorsque, comme dans l'espèce de l'arrêt Boussugue, la seule question qui a été jugée est celle de la légalité d'un règlement. Celui-ci ayant été déclaré illégal est par là même annulé, anéanti. On ne comprend pas comment on peut prétendre le faire revivre au profit d'une personne déterminée. On conçoit qu'un acte-condition ne soit pas opposable à une personne bénéficiaire d'une situation juridique subjective antérieure; on ne comprend pas qu'un acte-règle étant anéanti, on puisse le faire revivre au profit d'une personne déterminée. Voyez le texte de l'arrêt du 29 novembre 1912, avec les conclusions de M. Léon Blum, *Recueil*, 1912, p. 1135; *Revue du droit public*, 1913, p. 333, avec un article de Jèze, qui, très justement, critique vivement la solution donnée par le conseil d'État; S., 1914, III, p. 33, avec une note d'Hauriou, qui essaie d'expliquer la solution du conseil d'État en disant que « le requérant à la tierce opposition prétendait à un droit subjectif auquel l'arrêt d'annulation du conseil d'État aurait fait grief; que, par conséquent, son recours devait être déclaré recevable et que, d'ailleurs, le recours pour excès de pouvoir perd de plus en plus son caractère de recours objectif ».

Aussi bien peut-on se demander si, à l'époque où a été rendu l'arrêt Boussugue, la jurisprudence du conseil d'État, qui avait si nettement établi le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir, ne traversait pas une période critique. A ce moment,

une certaine confusion, pour ne pas dire une certaine incohérence, apparaît dans quelques-uns de ses arrêts. C'est ainsi que dans l'arrêt *Blot*, le 26 janvier 1912, qui déclare qu'un officier n'est pas recevable à attaquer par le recours pour excès de pouvoir la décision qui a refusé de lui donner un commandement, on lit : « Considérant que l'article 106 du décret du 28 mai 1895 sur le service des armées en campagne ne peut avoir pour effet de créer, au profit de l'officier, un droit susceptible d'être revendiqué par une action contentieuse » (*Recueil*, 1912, p. 98, et S., 1913, III, p. 18). Ce considérant est en contradiction complète avec le caractère reconnu maintes et maintes fois au recours pour excès de pouvoir, par lequel on ne revendique point un droit, mais on prétend seulement que l'agent public a violé la légalité. La question n'était pas de savoir si le requérant avait ou n'avait pas un droit à tel commandement ; il est bien certain qu'il n'en avait pas. La question était seulement de savoir si, en refusant le commandement, l'autorité supérieure avait ou non violé les décrets. C'est ce que le conseil d'État devait juger et c'est ce qu'il n'a pas jugé.

2° Le recours pour excès de pouvoir peut être formé pour obtenir l'annulation d'un acte administratif condition que l'on prétend avoir été fait en violation du droit objectif. Encore ici, la question soumise au juge est exclusivement une question de droit objectif. C'est celle de savoir si une situation de droit objectif a été créée, modifiée ou supprimée régulièrement. Le requérant n'invoque aucune situation juridique subjective. S'il se prévalait d'une telle situation, il ne serait point recevable à former le recours pour excès de pouvoir ; il serait alors armé d'un recours subjectif, comme je l'ai montré au paragraphe précédent, en étudiant les différents cas de juridiction subjective. C'est ce qu'on exprimait à une certaine époque, notamment au temps de Laferrière, en disant que le recours pour excès de pouvoir était une voie de droit subsidiaire, qui n'était pas recevable quand on avait une autre action. C'était inexact ; le recours pour excès de pouvoir n'est point une voie de droit subsidiaire, seulement il n'est ouvert

que dans le domaine du droit objectif. Quand on se prévaut d'une situation juridique subjective, on forme naturellement un recours de droit subjectif. Toutes les questions sur le caractère subsidiaire du recours pour excès de pouvoir ne se seraient pas posées si l'on avait fait la distinction des deux contentieux subjectif et objectif.

Le conseil d'État a décidé encore tout récemment que le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable en matière de contentieux des contributions directes. Rien n'est plus juste. En effet; c'est alors une question de créance qui se pose, pure question de droit subjectif, et le recours pour excès de pouvoir n'a rien à faire (Cons. d'État, 8 juin 1921, *Revue du droit public,* 1921, p. 517). De même, dans son arrêt du 9 novembre 1921, le conseil d'État a très justement décidé que le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable en matière de marché de fournitures : question de contrat, de créance et de dette, question de pur droit subjectif, tout à fait étrangère au domaine du recours pour excès de pouvoir (*Revue du droit public,* 1921, p. 497).

Un des cas les plus fréquents dans lesquels le recours pour excès de pouvoir est dirigé contre un acte objectif condition est celui où l'on attaque une nomination, une révocation de fonctionnaire ou une mise à la retraite. Les arrêts qui reconnaissent en pareil cas la recevabilité des recours pour excès de pouvoir formés soit par des associations de fonctionnaires, soit par des personnes réunissant les conditions nécessaires pour être nommées à certaines fonctions et qui subissent un préjudice moral de ce qu'on y a fait une nomination irrégulière sont extrêmement nombreux, depuis les arrêts *Lot* et *Molinié* du 11 décembre 1903 et depuis l'arrêt *Association des employés du ministère des Colonies* du 11 décembre 1908. On ne saurait évidemment prétendre

que les demandeurs à ces recours invoquaient un droit subjectif; ils ne soutenaient point assurément avoir le droit d'être nommés à la fonction considérée; ils savaient parfaitement qu'ils ne l'avaient pas. Ils invoquaient seulement la violation de la légalité objective et, en statuant sur le recours, le conseil d'État faisait exclusivement un acte de juridiction objective.

L'arrêt du conseil d'État qui prononce l'annulation d'un acte objectif condition, par exemple d'une nomination ou d'une révocation de fonctionnaire, ou de tout autre acte objectif condition, comme celui qui prononce l'annulation d'un acte-règle, a une portée générale et s'applique *erga omnes*. Il est évident que le fonctionnaire dont la nomination est annulée cesse d'être fonctionnaire pour tout le monde et non pas seulement pour le requérant qui a obtenu l'annulation; de même celui dont la révocation est annulée redevient fonctionnaire pour tout le monde. La règle de la relativité de la chose jugée n'a ici aucune raison d'être; la décision d'annulation est un acte objectif condition et qui a la portée générale de tout acte objectif. Le fonctionnaire dont la nomination est annulée est censé n'avoir jamais été fonctionnaire.

Cette annulation d'une nomination a-t-elle un effet rétroactif? A-t-elle pour conséquence l'annulation de tous les actes faits par le fonctionnaire dont la nomination est ainsi rétroactivement annulée? Ces actes, semble-t-il, doivent nécessairement tomber puisqu'ils ont été faits par un simple particulier n'ayant aucune qualité pour agir. La solution serait singulièrement grave. Elle exigerait, par exemple, que tous les jugements auxquels a participé un magistrat dont la nomination est annulée soient de ce fait eux-mêmes annulés. La nomination d'un préfet ou d'un maire étant annulée, tous les arrêtés individuels ou généraux pris par eux seraient caducs.

Une pareille solution est difficilement admissible. Une logique rigoureuse l'exigerait cependant. Mais la solution que paraît imposer la logique n'est pas toujours la vraie.

A mon avis, tous ces actes doivent être maintenus, soit qu'on dise que l'annulation de la nomination n'a pas d'effet rétroactif, soit que l'on admette, comme semble le faire Jèze, une solution analogue à celle donnée par le code civil au cas de mariage putatif. J'estime cependant que ce serait là introduire une fiction inutile. Je préfère dire que l'annulation de la nomination n'a pas d'effet rétroactif, que la nomination était sans doute viciée, que cependant, avant qu'elle fût annulée, le fonctionnaire nommé était vraiment fonctionnaire et qu'il a pu agir valablement jusqu'au moment où sa nomination a été annulée par le conseil d'État.

Jèze, *Des fonctionnaires de fait*, *Revue du droit public*, 1914, p. 48; *Principes généraux du droit administratif*, 1914, p. 441 et s.; Ledoux, *Essai d'une théorie sur la fonction de fait*, *Revue générale d'administration*, 1912, II, p. 397; III, p. 22.

3° Un acte émané d'un agent public porte atteinte à une situation juridique objective. Tout intéressé, n'aurait-il qu'un intérêt moral, est recevable à former le recours pour excès de pouvoir à l'effet d'obtenir l'annulation d'un pareil acte. Peu importe le caractère de cet acte. Serait-il un acte subjectif, c'est par le recours pour excès de pouvoir qu'il faut agir parce qu'il y a lieu à un contentieux objectif. En effet, la question principale qui se pose est celle de l'existence et de l'étendue d'une situation objective. Sans doute, il y aura lieu d'examiner la validité et la portée de l'acte, mais cela uniquement en fonction de la situation objective considérée, laquelle dérive du droit objectif. C'est donc bien une question de droit objectif qui se pose avant tout; et c'est pourquoi l'intéressé est recevable à former le

recours pour excès de pouvoir, recours objectif alors même qu'il s'agit d'un acte subjectif.

La jurisprudence a fait de nombreuses applications de cette idée. J'ai déjà indiqué les recours formés, non seulement par le fonctionnaire auquel s'applique la mesure, mais encore par toute personne et par toute association de personnes ayant un intérêt moral, contre les actes de révocation, de rétrogradation, de déplacement qu'on prétend faits en violation de la loi fonctionnelle et qui portent atteinte à la situation objective du fonctionnaire. La décision d'annulation intervenue sur un pareil recours a évidemment une portée générale. Le fonctionnaire est réintégré dans la situation objective où il était auparavant. Cette réintégration est évidemment opposable *erga omnes*, et ce n'est pas seulement à l'égard des personnes parties au procès que le fonctionnaire est réintégré. Encore ici la relativité de la chose jugée est complètement écartée.

Le recours pour excès de pouvoir est recevable même dans le cas où l'acte qui porte atteinte à la situation juridique objective est un acte subjectif, et cela parce que la question principale est encore une question de droit objectif, celle de savoir si cette situation objective existe et quelle en est l'étendue. On pourrait dire cependant que puisqu'il y a un acte subjectif, la question qui se pose est celle de la validité de cet acte, et l'on a montré précédemment qu'une pareille question donne toujours lieu à la juridiction subjective. Je réponds que cela est vrai quand elle est la question principale et directe posée aux juges, mais que dans le cas actuel il n'en est pas ainsi puisque la question principale, primordiale, est relative à une situation objective et que c'est comme conséquence logique de la solution affirmative qu'il a donnée à la question de savoir si la situation objective existe qu'il prononce l'annulation de l'acte subjectif.

Le conseil d'État paraît hésitant. La question s'est posée devant lui à l'occasion des décisions prises par l'autorité supérieure relativement au traitement ou indemnité dus à des fonctionnaires. Il n'est pas douteux que les traitements et indemnités dus à des fonctionnaires en vertu de la loi du service forment un des éléments de leur situation de fonctionnaire, laquelle est au premier chef une situation légale, une situation de droit objectif. L'autorité supérieure prend relativement au traitement ou indemnité une décision que le fonctionnaire prétend être contraire aux lois et règlements qui déterminent son traitement et, par conséquent, préjudicier à la situation légale qu'est la fonction publique. La décision de l'autorité supérieure est un acte subjectif puisqu'il est spécial, concret et individuel ne devant s'appliquer qu'une fois et dans un cas particulier; il est décidé, par exemple, que telle indemnité spéciale ne sera pas payée à tel fonctionnaire. Celui-ci est-il recevable à agir par le recours pour excès de pouvoir, recours objectif?

Pendant longtemps, le conseil d'État avait déclaré non recevable le recours pour excès de pouvoir par lequel le fonctionnaire intéressé attaquait les décisions prises concernant son traitement : Arrêts *Théveneau*, 15 février 1907, *Recueil*, 1907, p. 162; *Antoine*, 12 janvier 1912, *Recueil*, p. 59.

Mais par un arrêt *Lafage* du 8 mars 1912, rendu sur les très remarquables conclusions de M. le commissaire du gouvernement Pichat, le conseil d'État admet le recours pour excès de pouvoir formé contre une décision du ministre des Colonies concernant le traitement d'un médecin principal des troupes coloniales. Dans ses conclusions, M. Pichat fait très justement et très nettement la distinction entre le recours en annulation, recours objectif, et la demande en paiement, recours subjectif. Il emploie les expressions traditionnelles de contentieux d'annulation et de contentieux de pleine juridiction, expressions moins exactes que celles dont je me sers, mais qu'on peut employer si l'on est d'accord pour leur donner un sens précis. Il disait notamment : « Le recours pour excès de pouvoir ne peut être fondé que sur la violation des règles de droit auxquelles les lois et règlements soumettent le fonctionnement des services publics. Il n'est pas recevable si le moyen invoqué est la violation d'un droit contractuel, quasi contractuel ou quasi délictuel. » C'est identiquement la même idée que j'exprime plus exactement en disant : quand on invoque une situation juridique subjective, on ne peut pas employer le recours pour excès de pouvoir qui est une voie

de droit purement objective. Ce que M. Pichat appelle situation contractuelle, quasi contractuelle ou quasi délictuelle, est une situation subjective. Il vaut mieux employer cette dernière expression plus générale, parce qu'il y a des situations subjectives à l'occasion desquelles le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable et qui ne naissent ni d'un contrat, ni d'un quasi-contrat, ni d'un quasi-délit. Cette réserve faite quant à la terminologie, je me plais à dire que l'exposé de M. Pichat sur la distinction des deux contentieux objectif et subjectif, sur le caractère exclusivement objectif du recours pour excès de pouvoir est d'une clarté et d'une précision parfaites. Arrêt *Lafage,* 8 mars 1912, avec les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Pichat, *Recueil,* 1912, p. 348; *Revue du droit public,* 1912, p. 269, avec une note de Jèze; S., 1913, III, p. 1, avec une note d'Hauriou dont je ne goûte pas beaucoup le critérium qu'il donne pour distinguer le recours ordinaire et le recours pour excès de pouvoir, ce dernier recours n'étant, d'après lui, recevable contre une décision exécutoire que lorsqu'il n'y a pas encore acte d'exécution. Dans le même sens que l'arrêt Lafage, l'arrêt *Baron* du 24 novembre 1916, *Recueil,* 1916, p. 480, et *Revue du droit public,* 1917, p. 98, avec une note de Jèze. Dans une affaire *Scheller,* jugée par le conseil d'État le même jour que l'affaire Lafage (8 mars 1912), aussi, sur les conclusions de M. Pichat, le conseil d'État écarte justement le recours pour excès de pouvoir, le requérant ne contestant pas la légalité de la décision et soutenant seulement qu'il y avait une faute de service à l'occasion de laquelle il demandait une indemnité. Il y avait lieu au contentieux de la réparation et non au contentieux de l'annulation. *Recueil,* 1912, p. 354, et S., 1913, I, p. 5.

C'est en vertu de la même idée que les intéressés sont recevables à faire annuler par le recours pour excès de pouvoir tout acte administratif qui porte atteinte soit à la liberté individuelle, soit à la liberté du commerce et de l'industrie, soit à la propriété. Les arrêts du conseil d'État qui annulent des actes administratifs réglementaires ou individuels pour atteinte à la liberté sont extrêmement nombreux et il est inutile de les citer. Aucune difficulté ne peut s'élever à cet égard. Mais il en est différemment des arrêts qui annulent un acte administratif portant atteinte à la propriété. Le

conseil d'État annule les actes portant délimitation inexacte du domaine public : décrets de délimitation du rivage de la mer, arrêtés de délimitation des cours d'eau navigables et flottables. Pendant longtemps on a soutenu qu'au cas de délimitation inexacte il y avait atteinte au droit subjectif de propriété et que seule, par conséquent, l'action subjective en revendication portée devant les tribunaux judiciaires était ouverte. Aujourd'hui, la jurisprudence dite des recours parallèles paraît bien définitivement établie. L'intéressé a sans doute l'action en revendication qu'il portera devant les tribunaux judiciaires et par laquelle il ne pourra pas obtenir l'annulation de l'acte administratif de délimitation, mais seulement une indemnité pour expropriation indirecte. Il est aussi armé du recours objectif pour excès de pouvoir par lequel il obtiendra l'annulation de la délimitation pour atteinte à la situation objective légale qu'est la situation de propriétaire. C'est là une manifestation très nette de l'évolution que j'ai souvent signalée et suivant laquelle la propriété tend à être de plus en plus comprise comme une situation légale et objective et non plus comme un pur droit subjectif.

Cf. notamment t. I, p. 263 et s. et mon volume *Les transformations générales du droit privé*, 2e édit., 1920, p. 147 et s.

C'est depuis 1863 que le conseil d'État admet le recours pour excès de pouvoir à l'effet d'obtenir l'annulation d'un acte de délimitation. V. notamment les arrêts des 27 mai 1863, 30 mai 1863. Alors se posa la question de savoir si, malgré cela, le propriétaire riverain pouvait former une action en revendication devant les tribunaux judiciaires. La solution affirmative fut donnée par le tribunal des conflits dans une décision *Paris-Labrosse* du 11 janvier 1873 qui a fixé la jurisprudence et où il est dit : « Considérant que si les tiers peuvent se pourvoir... devant le conseil d'État à l'effet d'obtenir l'annulation pour excès de pouvoir des arrêtés de délimitation qui porteraient atteinte à leur droit..., il appartient à l'autorité judiciaire, lorsqu'elle est saisie d'une demande d'indemnité, de reconnaître le droit de propriété

et de régler, s'il y a lieu, une indemnité de dépossession » (S., 1873, II, p. 25, avec les conclusions de M. le commissaire du gouvernement David).

Le recours pour excès de pouvoir étant une voie de droit objective d'annulation, il en résulte que le conseil d'État saisi d'un pareil recours ne peut que refuser d'annuler ou prononcer l'annulation. Il n'est saisi que d'une question de légalité objective : il ne peut donc ni reconnaître une situation subjective, ni la créer par sa décision ; il ne peut, par suite, prononcer de condamnation, par exemple condamner l'administration à une indemnité, ordonner une restitution, une mesure d'exécution, accorder une permission. C'est la conséquence logique et nécessaire du caractère objectif du recours. Si donc, par exemple, un fonctionnaire obtient, par le recours pour excès de pouvoir, l'annulation de l'acte qui l'a révoqué, l'arrêt qui prononce cette annulation ne peut, en même temps, condamner l'administration à payer au requérant le traitement qu'il n'a pas touché depuis sa révocation, ni davantage condamner l'administration à une indemnité. Si le conseil d'État annule le refus par l'administration d'une autorisation, par exemple d'une permission de voirie ou d'une autorisation de repos hebdomadaire par roulement, il ne peut accorder cette autorisation, et si le requérant a joint à sa demande d'annulation pour excès de pouvoir des conclusions tendant à obtenir en outre une condamnation pécuniaire, elles sont non recevables.

Quelques auteurs s'en étonnent et prétendent qu'il y a là une complication inutile. Hauriou lui-même, qui cependant met bien en relief le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir, laisse entendre en deux passages de ses notes de Sirey et de son *Précis de droit administratif* que peut-être un rapprochement se fait entre le recours en annulation et le recours de pleine

juridiction. A mon avis, ce rapprochement ne peut pas se faire, parce qu'une impossibilité logique s'y oppose, parce que le rôle du juge est nécessairement différent suivant qu'il est saisi d'une question de droit objectif ou d'une question de droit subjectif. Ce qui est possible, c'est que dans la complexité croissante des relations modernes, les situations juridiques subjectives et les situations objectives voisinent et même se pénètrent, que dans une même instance le conseil d'État soit à la fois saisi d'une question de droit objectif et d'une question de droit subjectif et qu'en fait il statue sur les deux dans un même arrêt, si du moins la procédure est régulière et les parties représentées par un avocat au conseil d'État. Mais cela ne fait pas que le contentieux objectif et le contentieux subjectif se confondent. L'arrêt qui est alors rendu est complexe et c'est le rôle du juriste d'y distinguer ce qui est une solution sur le droit objectif et une solution sur une situation juridique subjective.

Dans les conclusions précédemment citées de M. le commissaire du gouvernement Pichat pour l'affaire Lafage, la jurisprudence du conseil d'État sur ce point est nettement exposée. Il y est dit notamment : « Si le fonctionnaire ne se borne pas par le recours pour excès de pouvoir à demander au conseil d'État l'annulation de la décision qu'il prétend illégale, s'il conclut, en outre, à la condamnation de la personne publique, au paiement de l'allocation qu'il prétend lui être due, ces dernières conclusions (mais celles-là seulement) ne sont pas recevables » (S., 1913, III, p. 4). Hauriou, dans sa note sous le même arrêt, écrit : « C'est ce que signifie cette règle toujours maintenue par le conseil d'État, à savoir qu'on ne peut joindre à un recours pour excès de pouvoir des conclusions à fin de restitution ou d'indemnité (S., 1913, III, p. 4). Parmi les arrêts dans lesquels le conseil d'État s'est prononcé en ce sens, on peut citer l'arrêt *Viaud* (*Pierre Loti*), 24 février 1899, qui, annulant sur recours pour excès de pouvoir la mise à la retraite du lieutenant de vaisseau Viaud, ajoute : « Sur les conclusions du requérant tendant à la réintégration de son grade et au rappel des arrérages de solde qui lui sont dus, considérant qu'en l'absence de tout litige sur

les mesures à prendre en exécution de la présente décision, il n'y a lieu en l'état de statuer sur les dernières conclusions du requérant » (*Recueil,* 1899, p. 155). Rapp. conseil d'État, 29 février 1906, *Carteron, Recueil,* 1906, p. 588 et S., 1907, III, p. 97, avec une note d'Hauriou. Cf. toutefois trois arrêts, 31 mars 1911, *Recueil,* 1911, p. 417; S., 1912, III, p. 129, avec une note d'Hauriou. Ces trois derniers arrêts n'ont pas cependant à mon sens la portée qu'Hauriou leur attribue.

La question de la distinction du recours objectif et du recours subjectif s'est posée devant le conseil d'État dans des conditions intéressantes, à propos des autorisations pour le repos hebdomadaire par roulement, conformément à la loi du 13 juillet 1906. Si le recours formé en vertu de l'article 9 de la loi du 13 juillet 1906 contre l'arrêté du préfet est un recours objectif, le conseil d'État peut seulement annuler la décision du préfet qui a refusé le roulement. Si, au contraire, c'est un recours subjectif, le conseil d'État peut, non seulement annuler la décision du préfet, mais condamner le préfet à autoriser le roulement. Suivant une terminologie moins exacte, M. Romieu, commissaire du gouvernement, posa, au mois de novembre 1906, la question de savoir si le recours de l'article 9 de la loi de 1906 était un recours de pleine juridiction ou un recours en annulation. Il conclut très justement à son caractère de recours en annulation; il aurait dû dire recours objectif. Mais l'expression, quelque commode et quelque exacte quelle soit, n'a pas encore été acceptée par la haute assemblée. M. Romieu résume ainsi sa doctrine sur le principe de la distinction des deux recours : « Lorsqu'on se trouve en présence d'une disposition de loi qui prévoit un recours au conseil d'État sans le définir, et que le recours est dirigé contre des actes d'autorité de l'administration, il nous paraît indubitable que le recours rentre de la manière la plus directe dans le recours pour excès de pouvoir » (*Conclusions* de M. le commissaire du gouvernement Romieu, pour l'arrêt *Jacquin,* 30 novembre 1906, *Recueil,* p. 869). Des longues et très remarquables conclusions de M. Romieu, beaucoup de choses sont à retenir. Il me paraît cependant que le critérium qu'il donne pour la distinction des deux recours est purement formel. Il peut être commode en pratique; il n'est pas le principe matériel de la distinction. M. Romieu ne met pas suffisamment en relief ce point que, pour qu'il y ait un recours de pleine juridiction, il faut que le requérant soit recevable à prétendre qu'il y a une obligation subjective de la part de l'administration envers lui, et cette

obligation subjective ne peut résulter que d'un acte juridique proprement dit. Il faut, en un mot, qu'on invoque une situation juridique subjective, une créance. Il est évident que l'industriel qui demande le repos hebdomadaire par roulement n'est pas dans une situation juridique subjective, et que le recours qu'il forme ne peut être fondé que sur la violation de la loi par le préfet. Rapp. des conclusions de M. Romieu, Jèze, *Revue du droit public,* 1907, p. 50, et 1908, p. 671, et Hauriou, sous arrêt conseil d'État du 30 novembre 1906, S., 1907, III, p. 17.

C'est toujours en vertu de la même idée que le conseil d'État, arrêt *Chabas*, du 8 novembre 1912, après avoir annulé l'arrêté prononçant la fermeture d'un débit de boissons, déclare qu'il n'a pas qualité pour ordonner la réouverture de l'établissement (*Recueil,* 1912, p. 1009).

Aujourd'hui, la doctrine paraît enfin comprendre ce caractère purement objectif du recours pour excès de pouvoir et comment il se distingue nettement du recours subjectif. Mais cela n'a pas été sans peine. Le professeur Artur, notamment (*Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions,* p. 305 et s.), s'est vainement efforcé de démontrer que le recours pour excès de pouvoir est toujours fondé sur un droit subjectif. On a vu qu'il n'est pas douteux, au contraire, qu'il suffit d'un intérêt et que la seule question que doit résoudre le conseil est celle de savoir si le droit objectif a été violé ou non.

J. Barthélemy (*Essai d'une théorie sur les droits subjectifs des administrés*, 1899) a soutenu que le recours pour excès de pouvoir est toujours fondé sur un droit subjectif, droit à la compétence, aux formes. Toute cette théorie repose sur une pétition de principe, car il aurait fallu commencer par démontrer que le particulier a un droit subjectif à la compétence et aux formes.

Un auteur estimable, M. Marie, a consacré un gros ouvrage, en deux volumes, à démontrer qu'il n'y a pas de différence entre le contentieux d'annulation et le contentieux de pleine juridiction, en un mot, qu'il n'y a pas de contentieux objectif. Il a complètement échoué. Il devait nécessairement échouer parce qu'il allait contre la réalité des choses (Marie, *Droit positif et juridiction administrative,* 1897).

Laferrière, dans son livre classique, *Juridiction et contentieux*, dont la première édition, en 1887, marque une date dans l'histoire du droit public, avait fait nettement la distinction du contentieux d'annulation et du contentieux de pleine juridiction. Mais il n'avait point aperçu toute la portée de la distinction et il

n'avait pas compris ce qu'était le contentieux objectif. Il avait même distingué les diverses causes de recours pour excès de pouvoir. Au lieu de montrer qu'il était fondé toujours et uniquement sur une seule cause, l'atteinte au droit objectif, il distinguait suivant que le recours était fondé sur la violation d'une loi de compétence, sur la violation d'une loi de forme ou sur la violation d'une loi de fond, et il disait que le requérant, lorsqu'il fondait son recours sur l'incompétence ou le défaut de forme, n'avait qu'à prouver la violation de la loi et n'avait point à faire la preuve d'un droit subjectif; qu'au contraire, lorsqu'il fondait son recours sur la fausse application de la loi, il n'était recevable que s'il faisait la preuve d'un droit subjectif auquel il aurait été fait grief. C'était un résidu de la conception subjectiviste.

Déjà, en 1901, je disais que ces distinctions n'avaient pas de raison d'être, que le recours pour excès de pouvoir est toujours et simplement un recours objectif, où le demandeur doit seulement faire la preuve de la violation de la loi et le juge constater cette violation et annuler l'acte s'il la constate ; que l'existence d'un simple intérêt moral suffit pour la recevabilité du recours (*L'État, le droit objectif et la loi positive,* 1901, p. 532 et s.).

Hauriou donne, dès 1905, la même solution, en faisant observer très justement que la jurisprudence unifie les diverses causes de recours pour excès de pouvoir : « La jurisprudence, dit-il, paraît disposée à unifier la théorie du recours pour excès de pouvoir dans ses quatre ouvertures : incompétence, vice de forme, fausse application de la loi, détournement de pouvoir... Cette unification n'est possible que du côté de la voie de nullité rigoureusement *objective* » (*Éléments du contentieux,* 1905, p. 33). Hauriou met très nettement en relief, dans ses divers livres, le caractère purement objectif du recours pour excès de pouvoir. Dans la sixième édition du *Droit administratif,* 1907, à la page 429, note 1, il écrit : « C'est une voie de nullité *objective* qui est uniquement pour assurer la bonne administration ; elle n'est pas pour faire valoir les droits des administrés. » V. les mêmes propositions, 7e édit., 1911, p. 429, et sous conseil d'État, 11 juin 1909, S., 1910, III, p. 113. Dans ses *Principes de droit public,* 1910, page 90, il dit encore : « Le caractère objectif du recours correspond au caractère objectif de la situation », et à la page 680 : « Toute la théorie du recours pour excès de pouvoir... est entièrement objective. »

Dans la dixième édition de son *Droit administratif,* 1921, page 423,

note 1, Hauriou écrit encore : « C'est une voie de nullité objective et formelle qui est uniquement pour assurer la bonne administration ; elle n'est pas pour faire valoir des droits subjectifs des administrés. » A la page 424, note 1, Hauriou écrit qu'il y a dans la doctrine et la jurisprudence une tendance très marquée à confondre le contentieux de l'excès de pouvoir avec le contentieux de la légalité ; qu'il est urgent de réagir contre cette tendance qui menace de fausser l'institution de l'excès de pouvoir en la rétrécissant. J'estime qu'en écrivant cela Hauriou commet une erreur. La notion d'excès de pouvoir était, au contraire, à l'origine une notion moins large que celle de l'illégalité ; c'était une espèce d'illégalité et c'est en confondant les deux notions qu'on est arrivé à donner au recours pour excès de pouvoir le large développement qu'il possède aujourd'hui et qui en fait une des institutions les plus remarquables et les plus protectrices du droit moderne.

Une dernière et très grave question resterait à étudier, celle de savoir si la décision objective rendue par le conseil d'État sur le recours pour excès de pouvoir s'impose au tribunal judiciaire dans le cas où la question se poserait accessoirement à un procès civil dont il serait compétemment saisi. Je n'hésite pas à répondre affirmativement.

En effet, le conseil d'État ayant prononcé l'annulation de l'acte administratif objectif attaqué, celui-ci disparaît ; il ne fait plus partie de l'ordonnancement juridique. Nul ne peut plus l'invoquer devant un tribunal quelconque et les juges qui en feraient état prendraient une décision contraire au droit objectif, et par conséquent donnant ouverture à cassation.

On ne saurait prétendre que, dans un pays qui pratique le système de séparation des deux ordres administratif et judiciaire, les juridictions de l'un ne sont pas liées par les décisions de l'autre. Le jugement rendu par une juridiction quelconque, suivant une expression dont je me suis déjà servi, a force de vérité légale, ce qui veut dire qu'elle devient un élément de l'ordonnancement juridique. Si elle est une décision subjective,

il va de soi qu'elle n'a qu'une autorité relative, qu'elle ne s'oppose qu'aux parties qui étaient en cause. Mais si elle est une décision objective, elle a une portée générale. Elle s'impose au respect de tous les citoyens; elle s'impose à l'application de tous les tribunaux. Elle est le droit aussi bien pour les tribunaux judiciaires que pour les tribunaux administratifs. Si les tribunaux judiciaires ont prononcé une annulation de droit objectif, par exemple celle d'un mariage, d'une naturalisation ou d'une association, leur décision s'impose certainement aux tribunaux administratifs. A l'inverse, si ceux-ci prononcent l'annulation d'un acte administratif objectif, les tribunaux judiciaires doivent s'incliner et ne peuvent faire état de l'acte annulé. S'ils le faisaient, ils violeraient le droit objectif. Il est constaté par une décision juridictionnelle; il n'en est pas moins le droit objectif. Si l'on prétendait que les décisions objectives d'un ordre de juridiction ne s'imposent pas aux juridictions d'un autre ordre, on créerait une sorte de scission dans l'ordonnancement juridique de la société, ce qui est inadmissible.

La cour de cassation a fait une application très juste et très intéressante de la solution que je viens de donner. Par un arrêt du 9 mai 1916, la cour de cassation a annulé un jugement d'expropriation et la décision du jury d'expropriation accordant une indemnité : « Attendu que la base légale du jugement attaqué étant le décret d'utilité publique sur le vu duquel il a été prononcé, l'annulation de ce décret par le conseil d'État doit entraîner, par voie de conséquence, la cassation du jugement qui a prononcé l'expropriation... » (D., 1918, I, p. 68). Il s'agissait d'une expropriation faite rue Taitbout, pour l'achèvement du boulevard Haussmann.

Dès 1882, la cour suprême avait déjà décidé qu'un arrêté préfectoral ayant été annulé pour excès de pouvoir, cette décision avait pour effet d'enlever toute base légale à la poursuite et aux condamnations intervenues en vertu de cet arrêté (Cass., 25 mars 1882, D. 1882, I, p. 486).

Outre les auteurs précédemment cités, consultez sur le conten-

tieux objectif, et particulièrement sur le recours pour excès de pouvoir, les ouvrages suivants :

Tournyol du Clos, *Essai sur le recours pour excès de pouvoir*, thèse Paris, 1905; Beaudoin, *La notion d'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir*, thèse Paris, 1906; P. Dareste, *Les voies de recours contre les actes de la puissance publique*, 1914; Jean Appleton, *Les progrès récents du recours pour excès de pouvoir*, 1917; Kellersohn, *Des effets des décisions rendues sur le recours pour excès de pouvoir*, thèse Bordeaux, 1912; Le Fur, *Revue générale d'administration*, mars 1911, p. 5, où l'auteur commet l'erreur de dire que le juge a parfois une question d'opportunité à juger; Cupis, *Della execuzione del giudicata nella legitimita de atto amministrativo*, *Rivista di diritto publico*, 1911, I, p. 431; Valesco, *La accion popular en el derecho administrativo*, 1920; Rocco, *L'autorita della cosa giudicata ei suoi limiti soggestivi*, 1921.

Juridiction des conflits d'attribution. — C'est encore un exemple très net de juridiction objective d'annulation. Peu importe qu'elle soit exercée, comme elle l'a été pendant longtemps en France, par le gouvernement statuant seul ou après avis du conseil d'État, qu'elle soit exercée, comme elle l'a été de 1848 à 1852 et comme elle l'est encore depuis la loi du 24 mai 1872, par un tribunal spécial.

La seule question qui est posée au tribunal des conflits est celle de savoir si la loi de compétence a été violée. A-t-elle été violée par le tribunal judiciaire qui s'est déclaré compétent, ou par le préfet qui, en prenant son arrêté de conflit, a affirmé la compétence administrative et suspendu l'œuvre du tribunal judiciaire? Si c'est le tribunal judiciaire qui est reconnu avoir violé la loi, le tribunal des conflits annule le jugement par lequel le tribunal judiciaire s'est déclaré compétent; si c'est le préfet, le tribunal des conflits annule l'arrêté de conflit. Au cas de conflit négatif, le tribunal des conflits annule la décision du tribunal qui s'est déclaré à tort incompétent. On ne dira pas que le tribunal des conflits statue sur un droit subjectif; on ne l'aperçoit nulle part. Assurément, on ne peut considérer comme un droit la com-

pétence de l'ordre administratif ou de l'ordre judiciaire ; on dit bien que le préfet *revendique* la compétence de l'ordre administratif; mais c'est pure métaphore. Je crois avoir déjà établi au tome I, page 140 (j'y reviendrai au chapitre IV), que la compétence ne saurait être à aucun égard considérée comme un droit subjectif.

Quant aux particuliers qui sont admis à faire présenter des observations devant le tribunal des conflits, tout le monde reconnaît qu'ils ne sont point parties au procès, qu'ils ne peuvent présenter de conclusions ni obtenir de condamnation. Le tribunal des conflits rendant une décision sur juridiction objective, elle devra avoir par là même une portée générale ; le principe de la relativité de la chose jugée n'a rien à faire ici ; la décision du tribunal s'impose à tous ; elle s'impose au tribunal judiciaire qui, évidemment, n'était point partie à l'instance ; elle s'impose à l'administration qui n'était pas davantage partie litigante.

Ici encore apparaît, ce me semble, l'insuffisance de la théorie de Jèze (*Revue du droit public*, 1909, p. 694). La décision sur conflit serait, d'après lui, juridictionnelle, par cela seul qu'elle serait une constatation de la compétence avec force de vérité légale, et on doit faire abstraction des décisions complémentaires. C'est aller contre la réalité des choses : la décision sur conflit forme un tout indivisible ; et c'est cette indivisibilité même qui en fait un acte ayant juridiquement un caractère spécifique. Il n'y aurait autrement que deux actes administratifs successifs. Le tribunal des conflits déclare dans les motifs de sa décision quelle est l'autorité compétente ; et dans le dispositif, il annule les actes faits par l'autorité qu'il n'a pas déclarée compétente, l'arrêté de conflit acte administratif quand il déclare l'autorité administrative incompétente, les actes de procédure ou de décision faits devant ou par le tribunal judiciaire quand il

déclare l'autorité judiciaire incompétente. Le jugement du tribunal des conflits est un tout indivisible et il est arbitraire de n'en prendre qu'une partie.

4° *Contentieux des questions d'état.* — Il forme un dernier cas de contentieux objectif. La question posée au juge est celle de savoir si l'acte ou le fait auquel la loi subordonne l'état de telle ou telle personne est réalisé; le juge tire logiquement la conséquence de la constatation qu'il fait et déclare que telle personne est titulaire de tel état.

Le procès se présente toujours dans les mêmes conditions, qu'il s'agisse d'une question de nationalité, de filiation, de mariage, d'électorat. La qualité de Français, d'enfant légitime ou naturel, d'époux, d'électeur ne constitue pas une situation subjective, mais au premier chef une situation générale et permanente, une situation objective ou légale. Le juge ne statue pas sur l'existence ou l'étendue d'une situation subjective, mais seulement sur le point de savoir si les conditions d'application de la loi, créant la situation objective, sont réunies, et s'il le constate, il déclare que cette situation appartient à l'intéressé, cette déclaration produisant certains effets. Le juge ne statue donc que sur une question de droit objectif; et son jugement n'est autre chose que la reconnaissance d'une situation légale objective, avec, comme on l'a montré plus haut, la décision qui en est la conséquence logique.

Par là, on voit apparaître la solution d'une question qui, en réalité, n'en est pas une et que cependant les civilistes discutent depuis des siècles. Les jugements rendus sur les questions d'état ont-ils une autorité purement relative ou une autorité absolue? La réponse est celle-ci : la portée du jugement sur une question d'état est exactement la même que celle de la situation qu'il constate. Ou plus exactement le jugement constate

alors l'existence de faits auxquels est subordonnée l'application de la loi sur l'état d'une personne, et c'est cette loi sur l'état d'une personne qui s'applique et qui, comme toute loi, a une portée générale. On dit quelquefois que l'état des personnes est une sorte de droit réel, opposable à tous et que le jugement qui le constate et qui le garantit sera, comme le droit lui-même, opposable à tous. C'est au fond la même idée.

En réalité, tous les jugements qui statuent sur des questions de propriété et de droit réel appartiennent aussi à la juridiction objective. La propriété tend de plus en plus à devenir une situation légale; la conception de la propriété droit subjectif tend à disparaître. C'est en ce sens qu'évolue très rapidement le droit moderne. Dès lors, le juge d'une question de propriété statue seulement sur la question de savoir si existent les conditions de la naissance, au profit d'une personne, de la situation légale de propriétaire, c'est-à-dire sur une pure question de droit objectif.

Sur l'autorité de la chose jugée en matière de question d'état, cons. Chéneaux, thèse Bordeaux, 1895.

Sur le caractère objectif de la situation de propriétaire et du contentieux auquel elle peut donner naissance, cf. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive,* 1901, p. 105 et s.; *Le droit social, le droit individuel,* 3e édit., 1922, p. 148 et s.; *La transformation générale du droit privé,* 3e édit., 1920, p. 147 et s.; *Droit constitutionnel,* I, 2e édit., p. 263 et s.; Landry, *De l'utilité sociale de la propriété individuelle*, 1901; Hayem, *Essai sur le droit de propriété et ses limites,* 1910; Charmont, *Les transformations du droit civil,* 1912, p. 201; Hauriou, *Droit public,* 2e édit., 1916, p. 166 et s.

§ 32. — *La prétendue fonction exécutive.*

Beaucoup d'auteurs enseignent encore que l'une des fonctions juridiques de l'État est la fonction dite fonction exécutive, qu'on oppose à la fonction législative, soit qu'on la subdivise en fonction exécutive générale,

fonction administrative et fonction juridictionnelle (ils disent à tort judiciaire), soit qu'on admette l'existence de trois fonctions distinctes, la fonction législative, la fonction exécutive et la fonction juridictionnelle.

Le droit positif français reconnaît-il l'existence d'une fonction exécutive? A cette question on répond presque toujours affirmativement. Les traités élémentaires de droit public et de droit privé français distinguent toujours la fonction législative et la fonction exécutive. Cependant l'expression *fonction exécutive* ne se rencontre pas une seule fois dans nos lois constitutionnelles, politiques, administratives. L'expression qu'on y trouve à chaque instant est *pouvoir exécutif*. Or, c'est une erreur de croire que *fonction* et *pouvoir* soient synonymes.

Dans la pensée des rédacteurs de la constitution de 1791, les *pouvoirs* ne sont ni les fonctions ni les organes, mais les divers éléments constitutifs de la souveraineté; et notamment le pouvoir exécutif est la souveraineté elle-même en tant qu'elle se manifeste dans l'ordre exécutif (cf. *infra*, § 41), les fonctions étant les manifestations de la volonté de l'État en tant qu'elles produisent un certain effet dans le domaine du droit.

Cela montre qu'on ne peut tirer aucun argument de nos constitutions et de nos lois politiques pour soutenir que le droit positif français admet l'existence d'une fonction exécutive. Ces constitutions et ces lois parlent de pouvoir exécutif et non de fonction exécutive, et dans la terminologie de 1791 qu'elles n'ont fait que reproduire, il y avait une différence capitale entre les pouvoirs et les fonctions. Mais comme il y avait un pouvoir exécutif, on a été amené à en conclure qu'il y avait une fonction exécutive. On a tâché de déterminer le domaine de cette fonction exécutive. On a soutenu

qu'il y avait une fonction exécutive proprement dite, qui n'était ni la fonction administrative, ni la fonction juridictionnelle, mais qui contenait la fonction administrative, et peut-être aussi la fonction juridictionnelle (on disait toujours à tort la fonction judiciaire).

Encore ici il y a eu confusion du point de vue formel et du point de vue matériel, et le point de vue formel l'a emporté. Parce qu'on affirmait que la souveraineté se divisait en pouvoir législatif, en pouvoir exécutif, on créait un organe législatif et un organe exécutif, qu'on appelait par extension le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Comme on avait une fonction législative répondant au pouvoir législatif, on voulut avoir aussi une fonction exécutive répondant au pouvoir exécutif, et finalement on ne donna pas d'autre définition de la fonction exécutive que celle-ci : est fonction exécutive tout ce que fait le pouvoir exécutif. C'était évidemment une définition purement formelle.

Mais cette fonction n'est-elle pas reconnue par l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 : « Le président de la République assure et surveille l'exécution des lois »? Quelle a été exactement la pensée des rédacteurs de la loi de 1875, il est difficile de le dire. Mais je suis convaincu que le texte n'implique pas la reconnaissance d'une fonction particulière, la fonction exécutive. Ce texte indique seulement dans une formule générale de style une série d'attributions qui appartiennent au président de la République. Si l'on passe en revue une à une ces diverses attributions, il est facile de montrer qu'elles rentrent toutes dans l'une des trois fonctions législative, administrative ou juridictionnelle, et que, par conséquent, elles ne forment pas le contenu d'une quatrième fonction juridique distincte des autres.

C'est d'abord la disposition de la force armée

(L. 25 février 1875, art. 3, § 3). Quel est exactement le caractère de cette fonction? Si l'on y voit le commandement même des troupes, cela n'est pas, à proprement parler, une fonction juridique, mais simplement une opération d'ordre matériel que l'on peut faire rentrer, comme je l'ai expliqué au paragraphe 23, dans le cadre général de la fonction administrative. Si l'on y voit la fonction consistant à mettre en mouvement, d'une manière obligatoire pour elle, une autorité militaire déterminée, l'acte qui sera fait réunira tous les caractères de l'acte administratif et sera un acte administratif juridique.

Beaucoup d'auteurs font rentrer dans la fonction exécutive les règlements, aussi bien ceux qui ont pour but de compléter une loi, de régler les détails d'application d'une loi que ceux qui ont pour but d'organiser un service public. On a montré déjà au paragraphe 20 que tous les règlements ont le caractère législatif matériel et qu'il en est ainsi des règlements organisant des services publics, parce qu'ils établissent eux aussi une règle générale dont l'application forcément, et quoi qu'on en dise, réagit toujours sur les particuliers.

On fait encore rentrer très souvent dans la fonction exécutive les actes qui sont relatifs à l'impulsion que le gouvernement donne à toute la machine administrative et judiciaire d'un pays, la direction qu'il lui imprime pour l'application de telle ou telle loi, pour le fonctionnement de tel ou tel service.

C'est ce que beaucoup d'auteurs appellent la fonction gouvernementale, expression qui se trouve même dans le préambule du décret du 25 mars 1852 : « Considérant que si l'on peut gouverner de loin, on n'administre bien que de près... » D'après Ducrocq, « le gouvernement est la portion du pouvoir exécutif qui a mission de diriger le pays dans les voies de son développement intérieur et de ses relations extérieures, tandis que

l'administration en est le complément et l'action vitale » (I, p. 28, 7e édit.). D'après Laferrière, « administrer, c'est assurer l'application journalière des lois; gouverner, c'est pourvoir aux besoins de la société politique tout entière, veiller à l'observation de la constitution, au fonctionnement des grands pouvoirs publics, à la sécurité intérieure et extérieure » (II, p. 33).

Cf. des définitions aussi vagues et aussi peu juridiques dans Dareste, *Juridiction administrative*, 2e édit., p. 212; Aucoc, *Conférences*, I, p. 12.

Que les hommes qui détiennent le gouvernement doivent faire tout cela, c'est incontestable; mais pour le faire, ils feront des actes qui n'auront au point de vue du droit que le caractère législatif, administratif ou juridictionnel. Cette impulsion, qui constitue, dit-on, le propre de la fonction exécutive, est donnée d'abord très souvent par des décrets réglementaires qui complètent les lois, qui organisent les services publics. J'ai montré (§ 20) que c'étaient des actes législatifs matériels. Cette impulsion est donnée par les nominations de fonctionnaires, actes de première importance pour la bonne direction et l'orientation des affaires d'un pays. Or, ce sont incontestablement des actes administratifs proprement dits. Enfin, cette impulsion est donnée par des instructions verbales ou par écrit, individuelles ou générales, adressées à des fonctionnaires. J'ai établi précédemment qu'il n'y avait pas là d'acte juridique (cf. § 26).

On peut donc conclure qu'il n'y a pas de fonction exécutive, fonction juridique spécifique de l'État, qu'il y a sans doute une mission que le gouvernement doit remplir, qu'on appelle souvent la fonction exécutive ou gouvernementale, mission qui consiste à donner l'impulsion et la direction à l'État. Mais cela c'est un but à atteindre; ce n'est pas une fonction au sens juridique. Pour atteindre ce but, il est fait ou bien des actes qui

n'ont pas en soi le caractère juridique, ou des actes qui rentrent dans une des trois catégories, législative, administrative ou juridictionnelle.

Chez certains auteurs, la confusion de la notion de pouvoir élément de la souveraineté avec la notion de fonction, a produit des conceptions nuageuses et bizarres, dont le modèle se trouve dans l'œuvre célèbre de Lorenz Stein (*Verwaltungslehre*, I, 1869). D'après lui, le *moi* de l'État est le souverain, le support de la personnalité autonome et organique de l'État, quelle que soit sa forme; l'acte par lequel l'État détermine les motifs qui le font agir, juge au sens logique, c'est la législation; la volonté de l'État tendant à s'extérioriser et pouvant s'imposer même par la force, c'est l'exécution qui est ainsi la volonté même de l'État, inspirant les manifestations extérieures qui forment l'administration au sens général du mot.

Hauriou (*Principes de droit public*, 1910, p. 448) écrit : « La *fonction exécutive*, que le régime parlementaire a recouverte d'un voile, est en réalité la plus ancienne; elle s'analyse en l'*action directe* avec coercition et contrainte. Tous les procédés d'action directe qu'un gouvernement peut employer pour assurer l'existence du groupe et sa propre existence relèvent de la fonction exécutive. Cela ne consiste donc pas exclusivement dans l'exécution de la loi; là où il n'y a pas de loi, le gouvernement peut et doit pourvoir aux nécessités par son action directe, soit par des actes particuliers, soit par des actes juridiques, soit par des actes techniques. » Et à la note 1 de la même page, Hauriou ajoute : « Notre définition de la *fonction exécutive* se rapproche de la définition de la fonction administrative donnée par Duguit dans son *Manuel*, p. 208. »

N'est-ce pas là la meilleure preuve que ce que le doyen Hauriou appelle *fonction exécutive* n'est pas

une fonction juridique de l'État ayant un caractère propre. Que tout gouvernement doive avoir à sa disposition une puissance de contrainte et que son rôle primordial soit la mise en mouvement directe de cette force de contrainte, ce n'est pas moi assurément qui y contredirai, puisque j'ai essayé de montrer que la puissance de contrainte et la possibilité de la mettre en mouvement à tout moment sont des éléments essentiels de l'État. Cf. § 6. Mais cette mise en mouvement directe de la force de contrainte n'est pas l'exercice d'une fonction d'ordre juridique. Quand un gendarme arrête l'auteur présumé d'un délit, quand un escadron de cuirassiers charge une foule révoltée, quand le bourreau tranche une tête, ils ne font pas des actes d'ordre juridique, que je sache. Il est incontestable que les gouvernants ont fait des actes de contrainte avant qu'il y eût des lois les autorisant à les faire. Aujourd'hui, des lois déterminent les agents qui peuvent faire des actes de contrainte et les conditions dans lesquelles ils peuvent les faire. Mais tout cela ne prouve point qu'il y ait là l'accomplissement d'actes d'ordre juridique.

J'en dirai autant des actes qu'Hauriou appelle techniques. Quant aux actes réglementaires et aux actes individuels créant une situation de droit qu'Hauriou rattache à la fonction exécutive, il a été déjà établi que les premiers étaient des actes législatifs au point de vue matériel et les seconds des actes administratifs proprement dits. Cf. §§ 20 et 26.

A la note 1 de la page 448, Hauriou annonce qu'on verra « que la fonction *exécutive gouvernementale* ne se confond pas entièrement avec la fonction administrative ». C'est ce qu'il essaie de montrer aux pages 478 et suivantes. Il écrit à la page 477, note 1, alinéa 2 : « Je suis d'accord avec M. Duguit pour reconnaître que la fonction du gouvernement ne doit pas être cherchée du côté de l'*exécutif* qui n'est qu'un *pouvoir*... »

Cela me semble bien en contradiction avec ce qu'a dit Hauriou

à la page 448 et que j'ai plus haut rapporté. Mais peu importe : l'essentiel, c'est qu'Hauriou reconnaît maintenant avec moi que s'il y a un *pouvoir exécutif,* il n'y a pas de *fonction exécutive.* Il estime qu'il existe une fonction gouvernementale distincte de la fonction administrative et qu'elle est caractérisée par cela qu'elle est une fonction de centralisation, et qu'elle agit par voie de contrainte directe. Je me suis déjà expliqué sur l'emploi de la contrainte. J'ajoute qu'il est impossible de caractériser une fonction juridique en disant qu'elle est une fonction de centralisation. Tout gouvernement a évidemment en fait une tendance centralisatrice ; les individus qui détiennent la plus grande force ont naturellement tendance à la conserver, à l'accroître et à écarter tous les facteurs susceptibles de la diminuer. Mais cela ne peut point évidemment servir à caractériser juridiquement les actes qu'ils font en vue de ce but.

Enfin Hauriou dit (*loc. cit.*, p. 477, note 1, al. 2, qu'il n'est pas d'accord avec moi quand j'admets « que le pouvoir exécutif est de même nature que le pouvoir administratif ». Mon cher collègue et ami m'a bien mal lu. Tous mes efforts, en effet, tendent à démontrer que la notion de pouvoir ne répond à rien de réel et qu'il faut, par conséquent, éliminer et le mot et la chose. Je dis seulement, et je ne crois pas qu'Hauriou ait démontré le contraire, que les actes que l'on veut faire rentrer dans la prétendue fonction exécutive ou gouvernementale sont, au point de vue matériel, ou des actes législatifs, ou des actes administratifs, ou des opérations matérielles.

Je conclus donc définitivement qu'en se plaçant au point de vue matériel et juridique, on ne peut distinguer que trois fonctions de l'État : la fonction législative, la fonction administrative et la fonction juridictionnelle, chacune d'elles ayant les caractères déterminés aux paragraphes précédents.

CHAPITRE III

LES ORGANES DE L'ÉTAT

§ 33. — *Les gouvernants et les agents.*

J'emploie cette expression, *les organes de l'État*, parce qu'elle est passée dans l'usage et parce qu'elle est commode. Mais il va de soi que dans la conception réaliste de l'État elle n'est pas exacte. Puisque l'État n'est pas une personne naturelle, puisqu'il n'est même pas une personne juridique, il n'y a, il ne peut pas y avoir d'*organes* de l'État, ni au sens biologique, ni au sens juridique. On étudiera plus loin la théorie juridique de l'organe et l'on montrera ce qu'il en faut penser. Dès à présent, je dis que dans la conception réaliste de l'État, et en fait, il y a seulement des individus ou des groupes d'individus qui exercent les différentes fonctions étatiques. Ils expriment une volonté qui est la leur, et non point celle d'une prétendue personne collective dont ils seraient les organes. Par conséquent, il n'y a point à édifier une théorie juridique sur les rapports qui existeraient entre la prétendue personne collective que serait l'État et les individus humains qui veulent et qui agissent dans le domaine du droit public.

Mais cependant, s'il n'y a point à édifier une théorie juridique de rapports qui ne peuvent exister puisque l'un des

termes manque, la personnalité de la collectivité n'existant pas, néanmoins dans les grands États modernes les groupes d'individus qui détiennent la puissance ont acquis peu à peu une structure soumise à des règles de droit, dont il importe de déterminer le principe. Il est d'ailleurs sensiblement le même dans presque tous les pays modernes parvenus à un degré analogue de civilisation et il se rattache à trois idées fondamentales : la collaboration, la représentation, la distinction des gouvernants et des agents.

a) *La collaboration.* — J'ai essayé de montrer au paragraphe 4 que dans presque tous les pays modernes, aujourd'hui, la différenciation des gouvernants et des gouvernés s'est opérée en ce sens que la puissance gouvernante appartient à la majorité des individus mâles et majeurs composant la collectivité étatique, soit que cette majorité monopolise à elle seule la puissance gouvernante, soit qu'elle la partage avec un élément aristocratique ou monarchique, soit qu'une part de puissance appartienne aux groupements professionnels. Nécessairement a dû se former un équilibre entre ces différents éléments associés à la puissance gouvernante. Des règles d'organisation se sont peu à peu établies ou tendent à s'établir pour assurer la participation en commun de ces différents éléments à l'exercice de la puissance politique. Les efforts qui ont été tentés par certaines constitutions positives et qui seront indiqués plus loin tendent à ce but. Seulement on s'y est parfois mal pris ; car on voulait réaliser cet équilibre en séparant les prétendus pouvoirs et en enfermant chacun d'eux dans un domaine distinct. Cela était impossible et aboutissait fatalement à des conflits et au triomphe momentané de l'un de ces éléments.

Le régime juridique, le plus propre à assurer l'équilibre par la collaboration de tous les éléments de

puissance politique existant dans un pays donné, est celui communément appelé régime parlementaire. Il s'est élaboré spontanément en Angleterre pour assurer la collaboration et l'équilibre des trois éléments de puissance politique : monarchie, aristocratie, démocratie, existant dans ce pays. On a voulu le transporter sur le continent, et souvent il a été profondément modifié, parce que dans le pays où il était importé n'existait point la situation en vue de laquelle il s'est formé.

Tout élément social qui se crée dans le milieu national tend à acquérir une puissance politique et à s'organiser en représentation. A l'inverse, tout organe politique qui ne représente pas un élément social ayant une force réelle est un organe inutile, sans valeur et destiné à disparaître. On montrera plus loin que tel est peut-être le caractère actuellement en France de la présidence de la République, et que nous nous acheminons forcément à la représentation politique d'un élément social dont l'importance va grandissant, l'élément syndical.

Au reste, les forces sociales et politiques tendent elles-mêmes à s'équilibrer spontanément, comme les forces de la nature; et je me demande parfois s'il ne vaudrait pas mieux que l'art politique intervienne le moins possible; car, en intervenant à faux, il rompt ou retarde l'équilibre, au grand dommage de tous. Cela ne veut pas dire qu'aucune constitution ne doit être faite, mais que la constitution doit être réduite au minimum, en laissant au libre jeu des forces sociales l'établissement de l'équilibre. Il est vrai qu'il y a toujours des causes perturbatrices qu'une constitution sagement faite peut contribuer à écarter.

Montesquieu avait déjà montré, dans le célèbre chapitre VI du livre XI de l'*Esprit des Lois,* que tout l'art politique consiste à organiser l'équilibre des différentes

forces gouvernantes, et surtout à ne pas entraver la tendance naturelle à l'établissement de cet équilibre.

C'est cette condition de l'équilibre des forces qui est l'idée dominante du livre du doyen Hauriou, *Principes de droit public*, 1re édition, 1910. Le chapitre I a pour titre : *Le point de vue de l'ordre et de l'équilibre*, et trois chapitres sont intitulés, le chapitre VI : *Les équilibres de superposition*, le chapitre VII : *L'équilibre politico-économique*, et le chapitre X : *Les équilibres constitutionnels*. Pour ne parler que de ce dernier point, il me semble qu'Hauriou a une vision inexacte des conditions dans lesquelles tendent à se réaliser ce qu'il appelle l'équilibre constitutionnel. D'après lui, en effet, cet équilibre tend à s'établir entre la nation et le gouvernement. Au chapitre VI, il développe cette idée que l'État est venu se superposer sur des institutions politiques primaires, et il oppose essentiellement la nation au gouvernement. A la page 243, il écrit : « Le phénomène de superposition qui caractérise la structure de l'État facilite la compréhension de ce qu'est une nation considérée comme un produit de l'histoire et aussi la solution d'un certain nombre de problèmes juridiques qui, si on veut les poser d'une façon réaliste comme il convient au droit objectif, supposent l'*opposition et l'équilibre* de la nation et du gouvernement de l'État, envisagés comme deux pouvoirs collectifs différents. » Et aux pages 428 et 429 : « La grande réalité... est l'antagonisme continuel entre la nation et le gouvernement, et c'est ce phénomène de balancement ou d'évolution qui fait qu'au cours de l'histoire, suivant les époques, tantôt c'est le gouvernement qui est plus fort que la nation et tantôt la nation qui est plus forte que le gouvernement... Sans doute, ces alternances ne doivent pas se produire indéfiniment;... mais ce qu'il faut bien comprendre, c'est que

dans ces balancements de forces chacune des deux conserve sa nature propre et son autonomie... »

Je puis, me semble-t-il, retourner à Hauriou le reproche de simplisme qu'il m'a parfois adressé. Opposer ainsi le gouvernement à la nation, c'est les prendre l'un et l'autre comme des unités simples, quand l'un et l'autre se composent d'éléments extrêmement divers et complexes. D'autre part, l'observation des faits me paraît démontrer que tout gouvernement se compose et ne peut, d'ailleurs, se composer que d'éléments pris dans la nation. Si le gouvernement était une force étrangère venant ainsi se superposer à la nation, de quoi serait-il fait et où prendrait-il sa puissance? Le point de vue d'Hauriou est à peine exact du gouvernement de conquête, qui, par la force des armes, impose sa puissance à un peuple étranger, et encore ce gouvernement de conquête ne pourra-t-il se maintenir que s'il s'appuie sur des éléments nationaux. Quand Hauriou, à la page 429, déclare qu'en 1789 il y a eu tout simplement conflit entre la nation et le gouvernement ou le pouvoir royal, il a une vue superficielle des choses. Il ne voit pas que le pouvoir royal était un élément essentiel de la nation, que la royauté capétienne était essentiellement nationale et que, par là seulement, elle avait pu se maintenir pendant huit siècles. Les hommes de 1789 ne s'y trompaient point; ils exprimaient l'idée en répétant constamment, surtout au moment de la discussion du *veto* royal : « Le roi est dans la nation. » Et dans la constitution, ils déclaraient que le roi était le représentant de la nation (tit. III, pr., art. 2). D'autre part, ce n'était point la nation qui était en conflit avec la royauté, mais un élément de la nation, le tiers état.

Quand Hauriou parle de « la nation qui s'est reconstituée autour de la société bourgeoise », il commet une double erreur. D'abord, la nation française n'avait pas

à se reconstituer, parce que depuis Hugues Capet, elle n'avait pas cessé d'être constituée. Et, en second lieu, la force qui en 1789 s'élève contre la royauté n'est pas la nation, mais seulement une classe de la nation qui aspire, très légitimement d'ailleurs, à être associée à la puissance politique.

Aujourd'hui, la classe prolétarienne tend, elle aussi, à conquérir la puissance politique, quoique par la déclaration d'Amiens (1906) la confédération générale du travail ait prétendu s'en désintéresser. Elle n'est pas à elle seule la nation; et le gouvernement est fait d'éléments nationaux. Ce serait méconnaître totalement la réalité des choses de dire, suivant la thèse d'Hauriou, que les conflits qui s'élèvent entre le gouvernement et la classe prolétarienne s'élèvent entre la nation et le gouvernement qui s'est superposé à elle. La puissance politique étant monopolisée ou à peu près, depuis le commencement du XIXe siècle, par la classe bourgeoise, qui est d'ailleurs un des éléments de la nation, le conflit actuel n'est point un conflit entre le gouvernement et la nation, mais un conflit entre deux éléments nationaux, qui prétendent être associés à la puissance politique, et si, ce que j'espère, l'équilibre s'établit bientôt, ce ne sera pas un équilibre de superposition, suivant l'expression d'Hauriou, mais un équilibre de collaboration entre des forces de même ordre.

Dans la deuxième édition des *Principes de droit public* (1916), Hauriou soutient les mêmes idées, mais il y consacre moins de développements, son effort s'étant porté sur d'autres points, notamment la question de la personnification.

b) La représentation. — Réduite à ses éléments simples, la représentation est cette situation dans laquelle un ou plusieurs individus exercent les fonctions étatiques au nom d'un ou plusieurs individus qui détiennent en fait la plus grande force, la force gouvernante. On appellera gouvernants *primaires* ceux qui, dans une

société donnée, détiennent, en fait, tout ou partie de la force gouvernante. Quand la force gouvernante est monopolisée par un seul, il est évident que le phénomène de représentation ne se produit pas, parce qu'il peut lui-même exercer toutes les fonctions étatiques. Mais il n'en est pas ainsi quand la force gouvernante appartient à des collectivités. Par exemple, dans les pays où existe une aristocratie puissante et nombreuse, et surtout dans les pays démocratiques où la majorité numérique des individus impose sa puissance, la plupart des fonctions étatiques ne peuvent pas être remplies par les grandes collectivités et l'on peut soutenir que celles mêmes qui pourraient l'être matériellement, comme la fonction législative, le seraient très mal. C'est dans ces conditions que s'est formée cette situation qu'on appelle inexactement d'ailleurs la représentation politique, dans laquelle un ou plusieurs individus exercent, au nom des gouvernants primaires, les fonctions de l'État.

On verra plus loin (§§ 39 et 40) toutes les théories qu'on a imaginées pour faire la construction juridique de la représentation, et particulièrement la théorie française fondée sur l'idée de mandat et de délégation. Le tort de cette doctrine, c'est de créer deux personnalités collectives qui ne sont que des fictions, personnalité de l'élément représenté, personnalité de l'élément représentant, de voir entre les deux un rapport de mandant à mandataire, et dans la représentation politique une situation juridique subjective qu'on tente vainement de faire rentrer dans les vieux cadres juridiques. Les juristes partisans de la doctrine juridique de l'organe (cf. § 35) échappent à cette critique ; mais on verra qu'ils ont édifié une théorie artificielle tout à fait en dehors des faits.

Ce sont les faits uniquement qu'il faut considérer si

l'on veut édifier une théorie juridique solide de la représentation. Elle ne peut être qu'une théorie de droit objectif; je veux dire qu'elle doit aboutir à l'établissement d'une règle qui détermine les limites respectives de l'activité des représentants et des représentés. Ce ne peut pas être une théorie de droit subjectif, c'est-à-dire une théorie conduisant à la reconnaissance d'un lien de droit entre les deux éléments, puisqu'il faudrait pour cela leur reconnaître une personnalité qu'ils n'ont pas, ne peuvent pas avoir.

Le fait qui est à la base de cette construction juridique est un fait de solidarité, d'interdépendance entre représentés et représentants, une solidarité qui possède les mêmes caractères que la solidarité sociale en général. Solidarité par similitudes : représentants et représentés ont des besoins communs et des aspirations identiques, car ils tendent les uns et les autres au maintien et à l'accroissement de la force politique qui leur appartient. Solidarité par division du travail : représentés et représentants sont liés par la réciprocité des fonctions et des services : les représentés fournissent l'élément qui produit et maintient la force gouvernante; c'est seulement en s'appuyant sur eux que les représentants peuvent imposer leur volonté aux gouvernés; et d'autre part, les représentants peuvent seuls exercer les fonctions étatiques au nom des représentés qui ne le pourraient pas ou ne le pourraient que tout à fait imparfaitement. En un mot, l'échange des services consiste en ce que les représentés fournissent la plus grande force et les représentants l'exercice des fonctions étatiques.

Partout où il y a solidarité, état d'association, se forme immédiatement un droit objectif, qui a pour fondement et pour mesure cette solidarité. Dans ce qu'on appelle la représentation politique, il n'y a point

un contrat, une situation juridique subjective; il y a un groupement social particulier, impliquant comme tout groupement social un droit objectif. Il y a pour tous ceux qui participent à cette association une série de devoirs et de pouvoirs objectifs, impliqués par la règle de droit dont elle est le fondement et tendant à réaliser le maintien et le développement de cette association. Représentants et représentés sont dans une situation juridique objective du fait de la représentation. Ainsi la représentation est vraiment une institution juridique.

De cette conception résultent une série de conséquences sur lesquelles on reviendra plus loin :

1° L'organisation positive de la représentation doit reposer sur une participation directe des représentés à l'institution du ou des représentants. Cette participation directe ne peut guère se réaliser que par une élection, et une élection qui doit être organisée de telle façon qu'elle assure autant que possible la représentation de tous les individus composant l'élément représenté. Sans doute, on peut concevoir à la rigueur une représentation sans élection, par exemple la représentation de l'élément aristocratique d'un pays peut être assurée par le choix fait par le souverain dans cette aristocratie d'un certain nombre de personnes. Mais une semblable organisation de la représentation sera toujours imparfaite.

On n'aura une organisation de la représentation adéquate à sa nature que par l'élection; et encore faut-il que le système électoral assure une représentation de tous les individus composant la collectivité représentée. C'est pour cette raison que le système *majoritaire*, c'est-à-dire le système d'après lequel les majorités sont seules représentées, est théoriquement antinomique à la notion de la représentation. Tout système électoral doit

logiquement être fondé sur la représentation proportionnelle. Cf. *infra*, § 45.

2° La situation des représentés et celle des représentants, ou si l'on veut la situation des électeurs et celle des députés sont exclusivement des situations objectives ou légales. Ni les uns ni les autres n'ont de droit subjectif. Membres d'une association, ils ont le devoir d'accomplir le rôle que leur impose la solidarité propre à cette association : l'électeur a le devoir de nommer les députés ; le député a le devoir de remplir la fonction incombant à l'organe de représentation dont il est membre. Ce devoir objectif implique évidemment pour l'un et pour l'autre le pouvoir de l'accomplir. Pour le représenté, l'idée que j'exprime là est souvent formulée en ces termes : l'électorat est une fonction. Formule exacte, mais trop étroite. La situation de l'électeur comme celle du député est une situation de droit objectif. On en indiquera plus loin les conséquences.

3° Les représentants dans l'exercice de leurs fonctions doivent se conformer autant que possible aux tendances de l'élément qu'ils représentent. Ce n'est pas parce que le représentant est le mandataire du représenté, mais c'est parce que la représentation repose sur la solidarité par similitudes qui unit les deux groupes et que cette solidarité serait rompue s'il n'y avait plus correspondance entre le groupe des représentants et le groupe des représentés. Ainsi apparaît la fausseté de toutes les doctrines comme celle d'Esmein, qui prétendent qu'il ne doit exister aucune dépendance du député à l'égard de ses électeurs. Cf. § 40.

Cette dépendance existe en fait et très étroite. Toute théorie juridique qui la méconnaît est fausse. Il appartient à l'art politique d'organiser les procédés pour la garantir d'une manière stable et régulière. Les meilleurs qu'on ait trouvés jusqu'à présent sont le renouvellement

fréquent des assemblées représentatives, le *referendum* direct ou par le moyen de la dissolution du parlement, qui permet au corps électoral, en nommant les mêmes députés ou de nouveaux députés, d'exprimer son opinion sur l'attitude de ses représentants. On verra plus loin (§ 39) que certains auteurs, notamment Esmein, estiment que le *referendum* n'est pas conforme à la vraie nature du gouvernement représentatif. Je ne saurais admettre une pareille opinion, et, à mon avis, répond au contraire à la nature du gouvernement représentatif toute institution qui, comme le *referendum*, a pour but de garantir la solidarité qui existe entre représentants et représentés.

Hauriou critique longuement et très justement la théorie française de la délégation appliquée à la représentation politique (*Droit public*, 1910, p. 419 et s., et 2e édit., 1916, p. 637 et s.). Il écrit très justement : « La plaie du droit constitutionnel français est la théorie juridique de la « délégation », qui procède de la manie métaphysique de vouloir tout ramener à un seul principe » (1re édit., p. 419). Il dit encore : « La théorie de la délégation se heurte à des invraisemblances spéciales et conduit à des résultats particulièrement fâcheux, parce qu'elle suppose la confusion du pouvoir de la nation et du pouvoir du gouvernement, qui sont en réalité distincts et que, les confondant, elle détruit leur équilibre » (p. 425).

Hauriou a cent fois raison de critiquer et d'écarter la notion de délégation comme irréelle et dangereuse. Cependant, il ne me paraît pas porter la critique sur le point exact. Il est vrai que nous sommes séparés au point de départ. Hauriou oppose le gouvernement et la nation, et pour lui le mouvement politique tend à réaliser l'équilibre de ces deux forces. Cet équilibre devient évidemment impossible et l'on fausse tous les rouages

de la machine politique si l'on veut établir un système de gouvernement fondé sur un acte de volonté de la nation déléguant ses pouvoirs au gouvernement. Pour moi, les différents éléments composant le gouvernement sont des éléments nationaux organisés, et l'équilibre tend à s'établir, non pas entre la nation et le gouvernement, mais entre les différents éléments nationaux qui constituent le gouvernement. Si la notion de délégation doit être écartée, c'est qu'elle implique une personnalité de l'élément représenté et une personnalité de l'élément représentant, et que l'une et l'autre sont de pures hypothèses d'ordre métaphysique et comme telles, je l'ai dit souvent, doivent être éliminées de toute doctrine positive.

Par là, j'écarte en même temps la notion d'investiture que le doyen Hauriou propose de substituer à la notion de délégation. Il écrit : « Il est urgent de substituer à la théorie de la délégation une autre théorie et nous proposons celle de l'investiture. La donnée de l'investiture diffère de celle de la délégation en ce qu'elle n'implique pas une transmission de pouvoir : déléguer quelqu'un, c'est l'envoyer en lui conférant un pouvoir ; investir quelqu'un, c'est lui dire : vous exercerez votre pouvoir propre, mais vous l'exercerez en mon nom et dans mon intérêt. Ainsi, l'investiture respecte chez l'agent investi le caractère autonome de son pouvoir et de sa compétence et lui impose simplement d'exercer ce pouvoir avec une certaine autorisation au nom de l'*investissant* » (p. 434).

Je ne veux pas discuter l'exactitude de cette définition ni celle des exemples que mon cher collègue donne à l'appui ; je prends la définition telle quelle. Il me paraît aussi impossible de voir dans la représentation politique une investiture ainsi comprise qu'une délégation. Cette notion d'investiture implique que le gouver-

nement, qui, d'une manière générale, est l'élément représentant, a un pouvoir propre antérieur à la formation de la représentation. C'est, en effet, ce que dit Hauriou (p. 441) : « La nation n'a pas et, par conséquent, ne transmet pas les pouvoirs de domination ; ce sont les organes du gouvernement qui ont en propre ces pouvoirs *par droit d'autonomie.* » J'ai déjà dit que ce n'est pas vrai et que le gouvernement ne peut être qu'un élément national organisé. Qu'est-ce, d'ailleurs, que ce droit d'autonomie? D'autre part, l'investiture se ramène à une délégation : d'un côté, contrairement à ce que dit Hauriou, le délégant ne transmet point un pouvoir, mais charge le délégué d'exercer à son lieu et place un pouvoir qui lui appartient ; et, d'autre part, l'*investissant,* en chargeant l'*investi* d'exercer pour le compte et dans l'intérêt de l'*investissant* un pouvoir qui appartient à l'*investi,* lui donne en réalité un mandat. Or, tout mandat est une délégation.

En d'autres termes, il n'y a pas d'intérêt à dire qu'il y a dans les rapports des représentants et des représentés une *investiture* et non une délégation, parce que c'est toujours admettre qu'ils sont dans une situation juridique subjective et que c'est là précisément qu'est l'erreur.

On lira aussi avec intérêt l'étude d'Hauriou, parue en 1912 sous le titre : *La souveraineté nationale* (Extrait du *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*).

c) *La distinction des gouvernants et des agents.* — Dans les sociétés politiques modernes, où les services demandés légitimement aux plus forts sont extrêmement nombreux et augmentent chaque jour par suite de la complexité et du nombre toujours croissant des besoins, il est matériellement impossible que les gouvernants primaires et même les gouvernants représentants puissent remplir eux-mêmes toutes les charges qui leur incombent. On a été ainsi amené à instituer des

individus qui, sous l'autorité ou le simple contrôle des gouvernants, remplissent certaines des fonctions qui s'imposent à ces derniers. Ces individus, je les appelle d'un nom générique, les agents des gouvernants.

Cela suffit à montrer la différence essentielle qui sépare les agents et les gouvernants. Ceux-ci détiennent en fait la plus grande force. Je ne dis pas qu'ils sont titulaires du droit de puissance publique, puisque je nie l'existence de ce prétendu droit. Mais les gouvernants détiennent en fait personnellement la force gouvernante. Leur volonté est elle-même une volonté individuelle ; elle n'est ni la volonté de l'État qui n'a pas de volonté, ni la volonté de la nation qui n'en a pas davantage ; mais elle s'appuie directement sur la plus grande force qu'ils détiennent.

Au contraire, les agents ne détiennent pas par eux-mêmes une force propre. Leur nom l'indique ; ils sont institués pour accomplir une certaine fonction déterminée par les gouvernants eux-mêmes, et, dans un régime de légalité, déterminée par la règle générale ou loi édictée par les gouvernants. Ils ont une compétence, c'est-à-dire le pouvoir de vouloir exclusivement dans les limites fixées par la loi. Les diverses fonctions se répartissent entre eux suivant cette règle. Toute violation par eux de cette règle de compétence peut être réprimée par l'intervention des gouvernants. Une hiérarchie est établie entre les agents sous l'autorité supérieure des gouvernants. La limitation de compétence et les règles de cette hiérarchie constituent des garanties précieuses au profit des particuliers contre l'arbitraire. Il convient d'ajouter qu'un recours juridictionnel peut toujours être organisé pour annuler tout acte fait par un agent contrairement à la loi ou pour mettre en jeu sa responsabilité personnelle.

Les gouvernants eux aussi sont soumis à une règle

supérieure de droit. Eux aussi, ils ne peuvent pas théoriquement violer cette règle. Mais, à leur égard, cette règle manque de sanction efficace. Il ne peut exister de sanction hiérarchique. On ne conçoit pas qu'une hiérarchie puisse exister entre les divers organes gouvernementaux. Sans doute, si, dans un pays donné, il y a plusieurs forces gouvernantes organisées, ces divers organes gouvernementaux se limiteront réciproquement par une collaboration commune; mais ils ne pourront pas se hiérarchiser, puisque, par définition, ils possèdent en commun la plus grande force. D'autre part, on conçoit bien l'organisation d'un tribunal investi du pouvoir d'annuler tous actes des gouvernants contraires au droit. Mais les décisions de ce tribunal ne pourront être ramenées à exécution que si les gouvernants le veulent bien, puisqu'ils monopolisent la force matérielle nécessaire pour cette exécution.

Cette différence de fait entre la situation des gouvernants et des agents oriente le droit moderne vers une répartition entre eux des fonctions juridiques de l'État, qui peut seule assurer aux particuliers des garanties sérieuses contre l'arbitraire. Le droit public moderne tend de plus en plus à ne reconnaître aux gouvernants directs ou représentants que l'exercice de la fonction législative. La loi étant, par définition, une règle générale, soit qu'elle formule un principe de droit, soit qu'elle le mette en œuvre, en faisant la loi le gouvernant n'entre pas en relation directe avec les gouvernés; il se borne à marquer les limites dans lesquelles les particuliers et les agents publics peuvent se mouvoir; et le caractère de généralité même de la loi protège les particuliers contre l'arbitraire gouvernemental.

Au contraire, l'exercice des fonctions administrative et juridictionnelle qui implique en quelque sorte une emprise sur une personne déterminée, qui peut faire

naître une situation juridique subjective ou qui rend possible une exécution directe sur une personne ou sur un patrimoine, est réservé aux agents. La garantie du gouverné se trouve alors dans la loi qui détermine la compétence de chaque agent. Comme le disait la Déclaration des droits de 1793 (art. 24), « la garantie sociale ne peut exister si les limites des fonctions publiques ne sont pas clairement déterminées par la loi ». La protection des particuliers se trouve, en outre, dans la hiérarchie qui comprend tous les agents et aussi dans les recours juridictionnels en annulation ou en responsabilité, avec une sanction effective et ouverts à l'occasion de tout acte fait par un agent en violation de la loi. Enfin, la garantie des gouvernés se trouve encore dans le contrôle supérieur que les gouvernants peuvent et doivent exercer sur les agents.

Le droit français évolue très nettement dans le sens que j'indique. Le parlement, organe de représentation de la force gouvernementale par excellence, n'exerce plus guère que la fonction législative et des fonctions de contrôle supérieur. Ce n'est que tout à fait exceptionnellement que le droit public donne au parlement compétence pour faire un acte administratif ou juridictionnel; et si le parlement fait en dehors de la loi un acte individuel, il n'y a peut-être pas de recours effectif organisé, mais l'acte n'en est pas moins contraire au droit. Quant au président de la République, il fait beaucoup d'actes administratifs; mais on verra plus loin (§ 52) qu'il perd de plus en plus son caractère de gouvernant pour n'avoir plus que le caractère d'agent, et qu'un recours juridictionnel est recevable contre la plupart des actes faits par lui, notamment contre les actes réglementaires et même contre les décrets portant règlement d'administration publique.

La distinction que je fais entre les gouvernants et les

agents correspond assez bien à la distinction faite par les partisans de la doctrine juridique de l'organe, entre les organes directs et les organes indirects (cf. § 35). Elle correspond aussi à la distinction faite par la constitution de 1791, titre III, chapitre IV, section II, article 2, entre les représentants et les agents. La constitution de 1793 (art. 82 et 83) et la constitution de l'an III (art. 174 à 201) font expressément ou supposent la même distinction (cf. § 34).

§ 34. — *Théorie française des organes de l'État.*

Les théoriciens, législateurs ou juristes, qui admettent que l'État est la nation souveraine personnifiée et organisée, se sont trouvés en présence d'un grave problème. Pour eux, les organes de l'État sont les individus ou les groupes d'individus qui veulent pour l'État et exercent son activité consciente. Dès lors s'est posée cette question : quel rapport de droit existe entre la personne État et la personne collective ou individuelle qui veut pour l'État et exerce son activité? Les constitutions françaises contiennent sur ce point toute une théorie qui repose sur les deux idées connexes de *mandat* et de *représentation*. Empruntées aux cadres du droit privé, on a voulu les appliquer aux rapports politiques. On va voir au prix de quels artifices et de quelles contradictions.

Le point de départ de toute la théorie est la reconnaissance d'un élément qui est le support de la souveraineté de l'État, d'un élément qui concourt à former l'État, mais qui est cependant distinct de l'État, et qui est titulaire de la souveraineté. Cet élément est la nation. La souveraineté, c'est la volonté même de la nation. Mais il faut que la nation puisse exprimer sa volonté. Cette fonction appartiendra à un certain nombre d'indi-

vidus membres de la nation, que déterminera la loi, et qui formeront le corps des citoyens, appelé souvent corps électoral, parce que le plus habituellement dans les États modernes le rôle de ces individus consiste exclusivement à élire les représentants de la nation; mais le corps des citoyens peut avoir aussi un rôle de décision.

Ce corps peut être plus ou moins étendu, comprendre tous les individus capables d'exprimer consciemment leur volonté, ou ne comprendre qu'un certain nombre d'individus considérés comme spécialement compétents; il a toujours le même caractère. Il n'est point, à vrai dire, un organe de l'État; il n'est pas même un organe de la nation; il est la nation elle-même en tant qu'elle exprime sa volonté; il est l'interprète direct de la volonté souveraine de la nation. Comme le mot *organe* est commode et que je ne lui attache aucun sens particulier ni au point de vue sociologique, ni au point de vue juridique, comme le corps des citoyens exprime directement la volonté souveraine de la nation, je l'appellerai l'*organe direct suprême*. Dans les pays qui pratiquent le régime représentatif complet, comme la France actuelle et la France de 1791, l'organe direct suprême se borne à désigner les individus ou les corps qui exprimeront en son nom la volonté souveraine de la nation. On fait observer que, dans ce système, il est encore l'organe suprême direct, parce que, en réalité, tous les organes de l'État dérivent de lui.

Cette théorie française du corps des citoyens exprimant directement la volonté de la nation, considérée comme support de la souveraineté primaire, ressemble beaucoup à la théorie de certains auteurs allemands, théorie qu'on peut appeler théorie du *Träger* ou *support* de la souveraineté et dont le principal représentant est G. Meyer. On appelle, dit-il, *support, Träger*

de la puissance étatique, la personne ou le groupe de personnes auquel appartient la puissance étatique comme droit propre et originaire. Le *Träger* de la puissance étatique, ou bien peut exercer lui-même les droits de puissance qui lui appartiennent, ou bien peut faire exercer ces droits par une autre personne en son nom. Appliquant cette conception aux différentes formes de gouvernement, on arrive aux conséquences suivantes. Dans les monarchies de droit divin, le *Träger* de la puissance étatique est le monarque; dans les aristocraties, le groupe des principaux forme le *Träger* de la puissance publique; enfin dans les démocraties, la nation elle-même est le *Träger* de la souveraineté. M. G. Meyer dit que c'est la conception des États-Unis d'Amérique; il aurait dû ajouter que telle est aussi la conception française.

Cf. G. Meyer, *Staatsrecht,* 1895, p. 12; Rehm, *Allgemeine Staatslehre,* 1899, p. 176.

Cette théorie est aujourd'hui abandonnée par la majorité des auteurs allemands. On lui reproche avec raison, et on peut faire le même reproche à la théorie française, de créer un dualisme dans l'État, d'y instituer deux personnes, la personne-nation, support de la puissance publique, et la personne-État.

La souveraineté peut être exercée directement par la nation elle-même : alors il y a ce qu'on appelle au sens général du mot *gouvernement direct.* En pareil cas, il n'y a point d'organes de représentation, mais seulement des *commis,* suivant l'expression de J.-J. Rousseau, des commis de la nation, des agents qui seront chargés d'assurer l'exécution de la volonté de la nation directement exprimée par elle. Ces agents n'exprimeront pas la volonté de la nation, ne seront pas ses représentants; ils seront tout simplement ses *préposés* (J.-J. Rousseau, *Contrat social,* liv. III, chap. I).

Mais en 1791, on déclarait que la constitution française était représentative (tit. III, pr., art. 2), et encore aujourd'hui le régime politique de la France est un régime représentatif. Dès lors, il faut distinguer les *représentants* et les *agents*, distinction fondamentale, théoriquement et pratiquement; théoriquement, parce qu'elle répond incontestablement à une réalité et qu'il suffit d'y faire une certaine modification pour qu'elle soit l'expression vraie des faits (cf. § 33), et pratiquement, parce qu'elle est la clef de tout le droit public français.

Les *représentants* ou organes de représentation sont ceux qui veulent au lieu et place de la nation et dont la volonté est comme si elle émanait directement de la nation. La notion de représentant repose bien sur l'idée de mandat; la nation exprime sa volonté par son corps électoral; mais son corps électoral n'exerce pas lui-même la souveraineté dont il est l'organe direct et suprême; il a un ou plusieurs mandataires; ces mandataires exprimeront une volonté qui est la leur en fait, mais qui en droit, par suite du phénomène de la représentation, sera comme si elle émanait directement de la nation; elle aura les mêmes caractères, la même force. En tant qu'organe de représentation, les représentants n'ont pas une volonté distincte de la volonté de la nation; ce qu'ils disent, ce qu'ils commandent, c'est la nation qui le dit, qui le commande. D'après la constitution de 1791 (tit. III, pr., art. 2), les représentants étaient le corps législatif et le roi. On verra plus loin que l'ordre judiciaire avait aussi le caractère de représentant. La conséquence logique de l'idée de représentation, c'est que la volonté des représentants, étant la volonté de la nation elle-même, ne peut être contrôlée par une volonté supérieure à elle-même.

Les *agents* sont placés sous l'autorité et le contrôle

des organes de représentation ; ils n'ont aucun caractère de représentation, c'est-à-dire qu'ils n'expriment point la volonté de la nation. Ce n'est pas à dire cependant que les agents ne fassent que des actes matériels d'exécution ; ils peuvent aussi faire des actes juridiques, mais ils ne le peuvent que dans les limites fixées par la volonté nationale exprimée par les organes de représentation. La volonté de l'agent n'est pas la volonté de la nation ; elle est en fait et reste juridiquement la volonté de l'agent, à laquelle la loi a conféré le pouvoir de créer un certain effet de droit quand elle se meut dans un certain domaine.

Comme cette volonté de l'agent n'est pas la volonté de la nation, elle est une volonté contrôlée et surveillée par les organes de représentation ; les agents peuvent aussi être contrôlés et surveillés par d'autres agents, d'où le système de hiérarchie des agents, de contrôle juridictionnel et de répartition des compétences.

Cette distinction des *représentants* et des *agents* est exprimée très nettement par nos constitutions. On a déjà cité l'article 2 du préambule du titre III de la constitution de 1791 : « La nation, de qui seule émanent tous les pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation. La constitution française est représentative : les représentants sont le corps législatif et le roi. » De ce texte, il faut rapprocher immédiatement l'article 2 de la section III du chapitre IV du titre III de la même constitution : « Les administrateurs n'ont *aucun caractère de représentation*. Ils sont agents élus à temps par le peuple, pour exercer, sous la surveillance et l'autorité du roi, les fonctions administratives. » Il n'est question dans cet article que des administrateurs. On a déjà dit que très probablement, dans le système de la constitution de 1791, les juges formaient un corps représentatif (Tit. III, pr. art. 5). Cf. *infra*, § 41.

Le sens de ces textes est très clair si l'on en rapproche les déclarations faites par Barnave et Rœderer dans la séance du 10 août 1791. « Dans l'ordre et les limites des fonctions constitutionnelles, disait Barnave, ce qui distingue le représentant de celui qui n'est que simple fonctionnaire public, c'est qu'il est chargé dans certains cas de vouloir pour la nation, tandis que le simple fonctionnaire public n'est jamais chargé que d'agir pour elle. » Et Rœderer distingue soigneusement les pouvoirs *délégués* et les pouvoirs *commis* : « Les députés au corps législatif sont non seulement représentants du peuple, mais encore représentants des pouvoirs du peuple, pour exercer un pouvoir *représentatif*, par conséquent *égal à celui du peuple*, tandis que les administrateurs ne sont représentants du peuple que pour exercer un pouvoir *commis*, un pouvoir subdélégué et subordonné » (10 août 1791, *Archives parlementaires*, 1re série, XXIX, p. 323-330). Il est vrai que les deux orateurs arrivaient à des conséquences différentes : Barnave admettait le caractère représentatif du roi; Rœderer, avec Robespierre, le niait.

La même idée est exprimée dans la constitution de 1793 : « Les administrateurs et officiers municipaux n'ont aucun caractère de représentation » (art. 82). La même distinction se trouve impliquée dans les articles 174 à 201 de la constitution de l'an III. Enfin l'affirmation du principe représentatif est particulièrement nette dans la constitution de 1848, à l'article 20 : « Le peuple français *délègue* le pouvoir législatif à une assemblée unique »; à l'article 43 : « Le peuple français *délègue* le pouvoir exécutif à un citoyen qui reçoit le titre de président de la République. »

La théorie française des organes de l'État se résume dans les trois points suivants : *a*) Il existe un organe direct suprême qui exprime la volonté même de la

nation, support de la souveraineté originaire; *b*) il existe, suivant les époques, un ou plusieurs organes de représentation qui sont les mandataires de la nation et dont la volonté est comme la volonté même de la nation; *c*) il existe des agents de l'État qui n'ont point le caractère représentatif, qui expriment une volonté qui est la leur en fait et en droit et qui peuvent faire au nom de l'État valablement des actes juridiques ou régulièrement des actes d'exécution matérielle, à la condition qu'ils interviennent dans les limites de la compétence qui leur est impartie par la loi et pour le but que la loi a eu en vue en leur donnant cette compétence.

Cette théorie, que suivant une terminologie souvent employée on peut appeler théorie du *mandat représentatif,* n'est pas sans doute inscrite dans nos lois constitutionnelles de 1875. Mais l'on ne saurait douter cependant qu'elle ne soit encore à la base de notre droit public. On sait que l'assemblée de Versailles, pressée d'achever une œuvre transactionnelle, n'a point voulu formuler de théories générales, mais seulement édicter quelques dispositions organiques indispensables. On a cité plus haut les textes sur lesquels s'appuyait cette théorie et on peut dire qu'elle fait partie de notre droit coutumier constitutionnel. D'ailleurs, l'assemblée de Versailles a voté deux textes qui cadrent parfaitement avec ces principes. C'est, d'une part, la loi dite du *septennat,* du 20 novembre 1873, qui porte que « *le pouvoir exécutif est confié...* »; et, d'autre part, l'article 13 de la loi du 30 novembre 1875, qui prohibe le mandat impératif, reproduction de dispositions similaires inscrites dans les constitutions de 1791 et 1848 et considérées comme la conséquence du mandat représentatif donné par la nation personne à l'assemblée qu'elle nomme.

§ 35. — *Théorie allemande de l'organe juridique.*

La théorie française du mandat représentatif est aujourd'hui critiquée particulièrement en Allemagne. On lui reproche surtout de créer un dualisme dans l'État et de ne point expliquer comment, la nation ayant une personnalité distincte de celle de l'État, il n'y ait cependant qu'une seule personne juridique qui commande et qui agisse, l'État. D'autre part, on fait observer qu'on comprend difficilement comment la nation peut donner un mandat à une personne qui n'existe que lorsque la nation l'a créée par son vote, et qui n'existe même que pour disparaître aussitôt, absorbée dans la personnalité de l'État. En effet, dit-on, tout mandat suppose deux personnes : une personne qui le donne, une personne qui le reçoit. En admettant que la nation ait une personnalité, on aperçoit bien la personne mandant, on ne voit pas la personne mandataire; car, au moment où la nation donnerait son mandat, elle n'existe pas encore; elle n'existe que lorsqu'elle a été nommée et constituée et même, à ce moment, elle n'existe pas comme personne distincte, puisque la seule personne dont la volonté existe juridiquement, c'est la personne-État.

Enfin l'argument de Rousseau contre la représentation reste toujours bien puissant : dire que la souveraineté de la nation est représentée, c'est dire qu'elle est aliénée; pendant l'intervalle des élections, la volonté nationale est impuissante; la volonté toute-puissante est celle du représentant; et cela est précisément le propre d'une aliénation de la souveraineté. C'est une plaisanterie de dire que la souveraineté n'est que déléguée et non aliénée parce qu'elle subsiste intacte en sa substance dans la nation; elle est aliénée parce que, dans

l'intervalle des élections, la nation ne peut ni défaire, ni empêcher ce que fait son représentant. Que ce représentant soit un parlement ou un homme, il y a toujours aliénation de la souveraineté (*Contrat social*, liv. II, chap. I, et liv. III, chap. XV).

C'est pour échapper à ces objections, qui sont extrêmement fortes, que divers auteurs allemands et quelques auteurs français ont voulu appliquer à l'État la théorie juridique de l'organe, élaborée par Gierke pour les personnes collectives en général. Cette théorie est curieuse, parfaitement construite et paraît s'adapter exactement aux faits politiques du monde moderne. On ne la confondra pas avec les théories de sociologie biologique, qui l'ont peut-être suggérée, mais avec lesquelles cependant elle n'a de commun que le nom; celles-ci partent de l'assimilation complète des sociétés aux organismes vivants; celle-là est une construction purement juridique.

Elle a été créée par Gierke pour les personnes collectives en général (*Genossenschaftstheorie*, 1887), appliquée à l'État surtout par Jellinek (*Allgemeine Staatslehre*, 1900 et 2e édit., 1905), et suivie en France notamment par Saripolos, *L'élection proportionnelle*, 1899, Mestre, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, 1899. Elle est acceptée, sauf quelques réserves, par Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, 1re partie, 1906, p. 131 et s., et par Hauriou avec une importante modification, *Droit public*, 1910, p. 659. Pour l'exposé et la critique de cette théorie, cf. Duguit, *Les gouvernants et les agents*, 1903, p. 26 et s.; Preuss, *Ueber Organspersonlichkeit*, *Jahrbuch de Schmoller*, 1902, cahier II, p. 103 et s.; Schlossmann, *Organ und Stellvertretung* dans *Jahrbücher de Ihering*, XLIV, 1902, p. 300 et s.

On part de ce postulat que les collectivités réunissant certaines conditions de fait sont des personnes juridiques. Toute personne juridique, soit pour la création de ses droits, soit pour leur exercice, doit avoir une volonté; car là où il n'y a pas de volonté, il n'y a pas de droit effectif. Or, de volonté réelle, il n'y en a que

chez l'individu humain. Ce seront donc des individus humains qui exprimeront la volonté des personnes collectives. Cela posé, l'organe n'est pas autre chose que l'individu humain qui traduit à l'extérieur la volonté de la personne collective. L'organe, si l'on veut, est un représentant de la personne collective, mais il n'est point un mandataire. Le mandat implique l'existence de deux personnes, la personne du mandant et la personne du mandataire. La notion d'organe implique au contraire l'existence d'une seule personne, la personne collective agissant par ses organes. La collectivité sans ses organes n'est rien juridiquement. Le mandat fait naître un rapport entre le mandant et le mandataire ; entre la collectivité et l'organe, il n'y a point de rapport de droit, puisqu'ils ne forment qu'une seule et même personne. Il n'y a qu'une seule entité juridique, la collectivité organisée, la collectivité pensant et voulant par ses organes.

Il faut ajouter que tout individu ou groupe d'individus constitué organe d'une collectivité, soit directement par la loi, soit par une nomination faite conformément à la loi, présente un double caractère. Il est un organe et possède comme tel une certaine compétence ; cela n'est point un droit subjectif de la personne-organe, mais seulement le pouvoir d'exercer les droits dont la personne collective est titulaire. En second lieu, la personne constituée organe a un droit subjectif à être reconnue comme organe, et ce droit elle l'a contre tout le monde, contre la collectivité personne juridique, contre tous les individus pris séparément et dont l'ensemble forme la personne collective.

On a indiqué plus haut la différence théorique existant entre le mandataire et l'organe : le mandataire a une personnalité distincte de celle du mandant ; la volonté qu'il exprime est sa propre volonté, et ce n'est

que par représentation qu'elle est traitée comme la volonté du mandant, personne individuelle ou personne collective. L'organe en tant qu'organe n'a pas de personnalité distincte de celle de la collectivité; et c'est bien la volonté de la collectivité qu'il exprime directement.

De cette différence théorique découlent des conséquences pratiques. Aucun rapport n'existe entre la collectivité et ses organes, entre l'État et ses organes. Un rapport peut bien exister entre l'État et les individus supports de ses organes; mais ce rapport n'est point régi par les règles du mandat; et la responsabilité de l'individu support d'organe envers la collectivité, l'État ou une autre personne collective, ne doit point être assimilée à la responsabilité du mandataire envers son mandant. Lorsqu'un organe a fait un acte au nom d'une corporation, si les effets juridiques de cet acte sont en question, la corporation est seule partie intéressée et responsable ; l'organe ne peut pas être mis en cause. C'est en vertu de la même idée qu'on explique la responsabilité délictuelle et même la responsabilité pénale des personnes collectives. Si lorsque l'organe veut et agit, c'est véritablement la collectivité qui veut et agit, quand l'organe a commis une faute, c'est véritablement la personne collective qui a commis la faute, et par conséquent sa responsabilité délictuelle et même pénale peut être engagée.

Cf. Mestre, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale,* 1899.

Si l'organe se distingue du mandataire, l'un et l'autre doivent être soigneusement distingués du préposé. Le mandataire est celui qui fait un acte juridique pour une autre personne. Le préposé est celui qui accomplit pour le compte d'un autre un certain agissement, mais n'ayant pas le caractère d'acte juridique. Peu importe

d'ailleurs le rapport de droit pouvant exister entre le préposant et le préposé : ce peut être un mandat, un louage de service, une gestion d'affaires. La qualité de préposé ne dérive pas de tel ou tel rapport de droit unissant le préposant et le préposé; elle résulte de ce fait qu'un individu accomplit un certain agissement, n'ayant pas le caractère d'acte juridique, dans l'intérêt d'une autre personne. Le mandataire fait au contraire un acte juridique pour une autre personne; il n'y a de mandataire qu'à cette condition.

La même différence sépare l'organe et le préposé. L'organe est instrument de vouloir et d'agir d'une personne collective. Or, dans la conception juridico-organique, les personnes collectives sont exclusivement des personnes juridiques; elles n'ont qu'un vouloir et un agir juridiques; elles ne peuvent faire que des actes juridiques. Un individu ou un groupe d'individus ne peut donc être l'organe d'une corporation ou de l'État qu'en tant qu'il fait des actes juridiques. Tout individu qui accomplit pour le compte d'une corporation un agissement n'ayant pas le caractère d'acte juridique n'agit pas comme organe de cette corporation, mais comme préposé. Tous les actes purement matériels accomplis par les nombreux agents des collectivités politiques ou autres, par exemple par les agents de l'État, n'ont pas le caractère d'actes juridiques, et les agents qui les font ne sont pas des organes, mais des préposés de la personne collective et particulièrement de l'État. Comme le fait observer Jellinek, pour tous les actes qui n'ont pas le caractère d'actes juridiques, la personne collective, l'État lui-même, ne peut point s'approprier l'activité de l'individu. L'État peut provoquer, ordonner, diriger cette activité; mais cette activité reste proprement individuelle. Il en résulte que les conséquences

qui se rattachent à la qualité d'organe ne s'appliquent point ici.

Cf. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2e édit., 1905, p. 252 et 546.

C'est surtout Jellinek qui, dans l'ouvrage qu'on vient de citer (p. 526 et s.), a fait à l'État l'application de la théorie générale de l'organe juridique. L'État étant conçu par l'école allemande comme une corporation, il est logique de lui appliquer la théorie de l'organe corporatif.

Tout d'abord une distinction fondamentale est faite entre les organes *directs* et les organes *indirects* de l'État. Dans tout État existent un ou plusieurs organes directs qui donnent sa forme à l'État. Ces organes sont appelés *directs* parce qu'ils dérivent directement de l'organisation constitutive de l'État. Ils existent directement par cela même qu'un État se constitue. Il n'y a personne à qui par suite de leur qualité d'organes ils soient subordonnés. Ils sont en réalité l'État lui-même; et, suivant l'expression de Jellinek, sans lui il n'y aurait qu'un néant juridique.

La structure de ces organes directs a varié et peut varier à l'infini. Un homme peut être à lui seul l'organe de toute la puissance étatique. La monarchie absolue est le type d'État avec un organe individuel unique. Des collèges de personnes physiques peuvent former des organes directs. Ces organes directs collégiaux peuvent être l'assemblée du peuple, le corps électoral, le parlement. Dans cette théorie de l'organe, la nation cesse d'être une personne collective titulaire de la souveraineté originaire et inaliénable et devient un simple organe de l'État seul titulaire de la puissance politique. Quand un collège quel qu'il soit est organe de l'État, il n'y a pas autant de volontés qu'il y a de membres du collège; il n'y a qu'une volonté collégiale, et cette volonté *une* de l'organe collégial est directement la

volonté de l'État. Quant aux membres du collège-organe, ils sont eux aussi des organes; ils sont organes de l'organe-collège, lequel est organe de l'État; et pour cette raison on appelle les individus composant les organes collégiaux, des *organes-parties*. Des corporations peuvent elles-mêmes être organes directs d'un État. Dans l'État fédéral, les États-membres, qui le composent, sont organes directs de l'État central.

Les organes directs sont ou des organes *de création* ou des organes *créés*. Un organe direct peut exister par cela seul que l'ordre juridique attribue directement à des individus ayant une certaine situation la qualité d'organes, par exemple la qualité de monarque à tel membre d'une famille, la qualité d'électeurs à tels citoyens. Mais il peut se faire qu'un organe ne puisse exister qu'au moyen d'un acte juridique spécial ayant pour objet la création d'un organe direct. L'organe naissant ainsi est un organe direct *créé*. Les personnes établissant par un acte de volonté des organes directs forment un organe direct de *création*. Juridiquement, aucun rapport n'existe entre l'organe créateur et l'organe créé.

L'organe créé est un organe direct; juridiquement, il est complètement indépendant de l'organe créateur. L'organe créé n'est point un mandataire de l'organe créateur; il n'est même pas un organe de l'organe créateur, et ainsi l'organe direct créé se distingue de l'organe direct *secondaire*. Toute monarchie élective offre l'exemple d'un organe direct créé; par exemple, l'ancienne monarchie polonaise, le Saint-Empire, dont le chef était élu par les princes électeurs. Dans l'Église catholique, le pape élu par le collège des cardinaux est un organe direct créé et complètement indépendant en fait et en droit du Sacré Collège, organe de création.

Dans l'esprit de la loi constitutionnelle du 25 février

1875, le président de la République est un organe créé par les chambres réunies en assemblée nationale ; il est un organe direct créé, complètement indépendant en droit des chambres, organe de création. L'acte de création est en réalité une condition à l'arrivée de laquelle est subordonnée l'application de la loi organique, donnant la qualité et le pouvoir d'organe à tel individu ou à tel groupe d'individus. On comprend ainsi comment l'organe créé peut avoir des pouvoirs plus étendus que ceux de l'organe créateur, comment, par exemple, il n'est point illogique (contrairement à ce que l'on dit souvent) que notre président de la République, créé par le parlement, puisse dissoudre une partie du parlement, la chambre des députés ; il ne serait pas plus illogique qu'il pût aussi dissoudre le sénat.

Les organes directs sont ou *primaires* ou *secondaires*. L'organe direct secondaire d'une corporation est l'organe direct d'un organe direct de cette corporation. L'organe direct secondaire de l'État est un organe direct d'un organe direct de l'État. Quand, par suite de sa nature propre ou de diverses autres circonstances, un organe direct de l'État ne peut exprimer sa volonté que par l'instrument d'un organe, celui-ci est un organe direct de l'organe direct de l'État, et organe direct secondaire de l'État. Conformément à la notion d'organe, la volonté de l'organe secondaire est la volonté même de l'organe direct dont il est l'organe. Ainsi l'organe secondaire est bien un organe direct de l'État, puisqu'il est l'instrument de volonté d'un organe direct ; cependant il se distingue de l'organe direct primaire, puisqu'il est organe de celui-ci.

On voit ainsi la différence qui, d'après cette théorie, sépare l'organe direct créé et l'organe direct secondaire. L'organe direct créé n'est point un organe de l'organe de création. D'ailleurs l'organe secondaire

n'est point mandataire de l'organe primaire. Cependant, il faut qu'il y ait, autant que possible, *adéquation* entre la volonté de l'organe primaire et celle de l'organe secondaire. Aux rapports de l'organe primaire et de l'organe secondaire, Jellinek rattache tout ce qu'on appelle improprement la représentation politique. Le parlement est un organe direct de l'État, mais un organe secondaire; sa volonté vaut comme volonté de l'organe primaire, en général le peuple, le corps électoral dont il est l'organe; et, dans cette conception, cela peut être vrai même d'un parlement non électif (cf. *infra*, § 44).

Enfin aux organes *directs primaires* ou *secondaires*, on oppose les organes *indirects*. Ce sont ceux qui ne reposent pas directement sur la constitution, mais résultent d'une commission individuelle à eux donnée. Les organes indirects sont toujours directement ou indirectement subordonnés à un organe direct et responsables envers lui. Cette subordination et cette responsabilité peuvent être limitées; elles peuvent être considérablement réduites, comme pour les agents judiciaires, mais elles existent toujours. L'activité de l'organe indirect est une activité dérivée. Par là on n'entend point que la compétence de l'organe indirect soit une concession d'une compétence appartenant à l'organe direct qui le constitue; mais on veut dire que, d'après leur origine, les organes indirects sont des individus qu'établit un organe direct pour exercer une certaine fonction étatique sous son autorité, son impulsion et sa direction. Des collectivités peuvent être organes indirects de l'État. Dans les États unitaires, mais décentralisés administrativement, les unités administratives locales décentralisées sont des organes indirects. On a vu plus haut qu'au contraire les États membres d'un État fédéral sont des organes directs de cet État.

Cette distinction faite par la théorie juridico-organique entre les organes *directs* et les organes *indirects* est certainement analogue à la distinction faite en France entre les représentants et les agents et à notre distinction entre les gouvernants et les agents. Cf. §§ 33 et 34.

Assurément, cette théorie juridique de l'organe échappe aux objections faites à la théorie du mandat représentatif. Elle maintient véritablement l'unité dans l'État et elle n'aboutit point à une aliénation de la souveraineté. L'État est et reste une personne corporative et indivisible, seule titulaire de la puissance publique. Les gouvernants, les fonctionnaires, la nation, le parlement, le chef d'État sont des individus qui expriment la volonté de l'État; ce ne sont pas eux qui veulent et qui agissent; c'est l'État qui veut et agit par eux. Il y a entre eux et l'État une union intime et indissoluble, aussi étroite que celle de l'homme individuel et de ses organes. Tous les faits politiques modernes, et notamment l'irresponsabilité des chefs d'État et des parlements, la responsabilité directe de l'État envers les particuliers s'expliquent facilement. Cette forme juridique nouvelle, l'*organe*, semble offrir ainsi un cadre à la fois assez résistant pour servir de fondement à une théorie juridique solide, assez souple et assez large pour comprendre les phénomènes si complexes et si divers du monde politique moderne.

Mais cette doctrine se heurte à une très grave objection. Les organes appelés directs sont, dit-on, donnés directement par l'organisation même de la corporation, par la constitution même de l'État; ils sont, ajoute-t-on, l'État lui-même, et sans eux il n'y a pas d'État. Je réponds : si ce sont là des organes, il faut qu'il y ait derrière eux une volonté dont ils soient les organes; ils n'existent comme organes que par cette volonté; mais cette

volonté est une volonté collective qui n'existe elle-même que par ses organes. Finalement, est-ce la volonté de l'État qui existe par les organes, ou sont-ce les organes qui existent par la volonté de l'État? C'est là une impasse de laquelle on ne peut point sortir.

Ce n'est pas tout. Acceptons que les organes directs dérivent directement de la constitution. Cette constitution émane de l'État. Elle est une manifestation de la volonté de l'État; or, pour exprimer sa volonté, il faut à l'État, personne collective, au moins un organe. Donc, les organes directs sont créés par l'organe de l'État qui a compétence pour faire la constitution. Mais l'organe constituant lui-même, d'où vient-il? Organe direct, il émane de la volonté de l'État; il sera lui aussi un organe créé par un autre organe. Et ainsi de suite. Où donc trouver l'organe véritablement direct et primaire, le premier organe de création? Je n'aperçois que des organes créés et le vrai problème du droit public est de saisir l'organe vraiment créateur. La théorie juridico-organique le passe sous silence et s'enferme ainsi dans un cercle vicieux.

Finalement, la théorie juridico-organique rencontre des objections aussi graves que celles faites à la théorie du mandat représentatif.

La doctrine juridique de l'organe a reçu une adhésion précieuse pour elle, celle de Michoud, qui, dans son beau livre (*Théorie de la personnalité morale*, 1re partie, 1906), l'adopte complètement, en faisant toutefois certaines précisions qu'il a tout à fait raison de faire (p. 131 et s., et pour les précisions, p. 138 et 139). Michoud me fait l'honneur de discuter les objections que j'ai essayé de formuler contre la théorie, et il écrit : « M. Duguit dit : pour créer l'organe, il faut déjà une volonté... L'objection ne porte pas. L'organe est considéré comme faisant partie essentielle de la

personne morale ; il n'est pas créé par elle, il est créé en même temps qu'elle par les forces sociales qui ont produit sa naissance et en même temps déterminé sa constitution. Elle n'a existé juridiquement qu'au moment où elle a eu des organes. Le mode de nomination et les pouvoirs de ceux-ci ont été déterminés non par elle, mais par les premiers statuts, œuvre des personnes physiques ou morales préexistantes qui ont concouru à sa formation ou, s'il n'y a pas de statuts, par les coutumes qui se sont peu à peu formées à l'intérieur de la collectivité » (p. 136).

La réponse est ingénieuse et subtile. Je crois cependant qu'elle ne détruit pas mon objection qui, du reste, ne visait que l'État. Considérons ici cependant et l'État et les personnes morales autres que l'État. Pour l'État, le raisonnement de Michoud se ramène à ceci : l'État naît spontanément muni d'organes qui se constituent sous l'action de la coutume ; et précisant sa pensée dans la note 1 de la page 137 : « En réalité, la constitution de l'État n'est pas son œuvre ; elle est l'œuvre des forces qui, à un moment donné de son histoire, se disputent la direction politique. On ne doit considérer comme l'œuvre de l'État que les modifications constitutionnelles votées conformément à une constitution antérieure. » Que les constitutions des États s'établissent sous l'influence de forces sociales supérieures à la volonté des hommes, cela est vrai non seulement pour les États nouveaux qui se forment, mais aussi pour les États anciens qui se transforment, et je n'aperçois pas la raison de faire une distinction à cet égard entre la constitution primaire d'un État et les modifications ultérieures que reçoit cette constitution. J'admets bien l'existence de ces forces sociales ; mais ces forces qui enfantent le droit, le droit constitutionnel d'un État, sont incontestablement des forces humaines et, par

conséquent, des forces psychologiques. Michoud, certainement, ne dira pas que ce sont des forces physiques ou physiologiques uniquement. A ces forces psychologiques, il faut une conscience, une volonté qui leur serve de support. Que ce soient les consciences et les volontés individuelles, je le veux bien ; mais il restera à expliquer comment ces consciences et ces volontés individuelles peuvent créer l'organe de vouloir de la personne collective État. Michoud ne l'explique point et probablement ne pourra pas l'expliquer. Il reste donc que ces forces psychologiques ont pour support la volonté et la conscience collectives, c'est-à-dire de l'État ; et, dès lors, c'est par sa propre volonté que l'État s'est constitué à lui-même un organe. Il s'est donc constitué un organe par une volonté qui s'est manifestée sans qu'il y ait un organe, et me voilà revenu à l'objection telle qu'elle a été précédemment formulée.

Pour les personnes morales autres que l'État, j'admets volontiers qu'on peut dire que l'État lui-même en les reconnaissant ou que les fondateurs en les créant, conformément à la loi, leur donnent des organes et qu'ainsi elles se trouvent investies d'organes au moment où elles naissent par une volonté qui n'est pas la leur. Mais il reste à expliquer comment une volonté ou plusieurs volontés individuelles peuvent ainsi constituer ces personnes morales organisées, ayant une existence propre, une réalité distincte de celle des individus qui les fondent. Cela est au reste tout le problème de la personnalité morale, que je ne veux point discuter ici et à la solution duquel Michoud, je me plais à le constater, a par son beau livre apporté une très remarquable contribution.

Hauriou paraît reconnaître la justesse de mes critiques (*Droit public*, 1916, p. 661, note 1 *in fine*). Il ajoute qu'il y répond par la manière nouvelle dont il

pose la question de la personnalité juridique. C'est possible. La théorie d'Hauriou repose tout entière sur ce qu'il appelle « le dualisme de la personnalité morale et de l'individualité objective et l'attribution des organes à cette dernière ». Mais l'infirmité de mon esprit ne m'a pas permis de saisir suffisamment cette théorie, même sous la forme qu'il lui a donnée dans la deuxième édition de son *Droit public* (1916) et la dixième édition de son *Droit administratif*, pour la résumer et la discuter. Cf. t. I, p. 380 et 391.

Sur la doctrine *juridico-organique*, outre les auteurs précédemment cités, cons. Hölder, *Natürliche und juristische Personen*, 1905, p. 55 et s.; Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, p. 693 et s.; Affolter, *Das mandat im öffentlichen Recht*, dans *Archiv des öffentlichen Rechts*, XXX, 1913, p. 538.

§ 36. — *La composition du corps des citoyens.*

Par cette expression je désigne la collectivité plus ou moins étendue comprenant les membres de la nation associés, directement ou par représentation, à la puissance politique. Chaque pays, sous l'empire des faits et en conséquence de son évolution historique, détermine quels sont les individus membres de la nation qui forment le corps des citoyens. Il peut se faire même que toute la puissance politique soit concentrée dans un homme et qu'il n'y ait point de corps des citoyens quelque limité qu'il soit. Il en était ainsi encore en Russie avant 1905. On verra plus loin que maintenant tous les pays qu'on peut considérer comme civilisés ont admis d'une manière plus ou moins étendue la capacité politique des membres de la nation. Ils ont même, sauf quelques rares exceptions, institué le suffrage universel, c'est-à-dire un régime où le corps des citoyens se compose de tous les individus mâles ou des deux sexes, majeurs et non frappés de déchéance juridictionnelle-

ment constatée. La France a le suffrage universel ainsi entendu depuis 1848; et presque tous les pays l'ont successivement adopté, même dans des conditions plus larges que la France, puisque beaucoup ont institué le vote des femmes.

Dans quelques pays, le corps des citoyens est associé directement aux fonctions étatiques ou du moins à certaines d'entre elles, la fonction législative et la fonction juridictionnelle. Dans d'autres, et ce sont de beaucoup les plus nombreux, le corps des citoyens exerce seulement des fonctions électorales. Il élit un corps représentatif ou un chef d'État ou des conseils administratifs. Aussi le corps des citoyens est-il le plus habituellement appelé le corps électoral.

Quand, comme moi, on nie l'existence de la personnalité et de la souveraineté de la nation, on a vu qu'aucune difficulté ne peut se présenter sur la situation des membres de la nation. Ceux-ci ne peuvent évidemment avoir un droit à faire partie du corps des citoyens. Chaque législation positive organise la composition du corps électoral sous l'action du milieu dans lequel elle évolue, et les membres du corps électoral sont placés dans une situation légale ou objective. Assurément, il est à souhaiter que le progrès des lumières, que le sentiment toujours plus profond et plus net de la solidarité sociale permettent d'arriver à une extension aussi large que possible du droit de suffrage. Cela n'est pas une question de droit, mais seulement une question de fait.

Au contraire, dans les pays comme la France, qui ont mis à la base même de leur droit public le principe de la souveraineté nationale (Déclaration des droits de 1789, art. 3), se pose la question de savoir si ce principe implique pour tous les membres de la nation le droit de faire partie du corps des citoyens, à l'exception, bien entendu, des individus incapables ou indignes. Le

législateur qui exclut pour d'autres raisons certains individus du corps des citoyens ne viole-t-il pas le principe de la souveraineté nationale?

Du principe de la souveraineté nationale, il ne résulte point nécessairement et logiquement que les membres de la nation, pris individuellement, aient un droit quelconque de participer à la puissance publique. En effet, dans la vraie doctrine de la souveraineté nationale, la nation en corps est une personne distincte des individus qui la composent; c'est elle qui est titulaire de la souveraineté et point les individus; par conséquent, les individus n'ont comme tels aucune part de la souveraineté; et ils n'ont aucun droit comme tels de participer à la puissance publique. Le législateur doit déterminer les conditions les plus favorables pour dégager la volonté nationale et désigner les personnes qui seront chargées d'exprimer cette volonté. On peut leur donner le nom d'*électeurs;* et ainsi l'électorat est une *fonction,* fonction créée par la constitution et qui consiste à dégager et à exprimer la volonté nationale. Telle est, en réalité, la conséquence qui dérive logiquement du principe de la souveraineté nationale.

Mais une pareille conséquence ne pouvait donner satisfaction aux tendances démocratiques qui ont rempli tout le XIXe siècle et qui ont abouti, dès 1848, à l'établissement en France du suffrage universel direct et égalitaire, et depuis dans presque tous les pays étrangers. De là l'incertitude, les tâtonnements de notre législation positive et de la doctrine française et étrangère relativement à la nature de l'électorat.

Du principe que la souveraineté réside dans la collectivité, J.-J. Rousseau, par une contradiction certaine, tirait cette conséquence que tout individu membre de la collectivité possède comme tel un droit intangible de participer à l'exercice de la souveraineté. « J'aurais,

dit Rousseau, bien des réflexions à faire sur le droit de voter dans tout acte de souveraineté, droit que rien ne peut ôter aux citoyens. » Et encore : « Supposons que l'État soit composé de 10.000 citoyens. Le souverain ne peut être considéré que collectivement et en corps; mais chaque particulier en qualité de sujet est considéré comme individu. Ainsi le souverain est au sujet comme 10.000 est à un, c'est-à-dire que chaque membre de l'État n'a pour sa part que la 10.000e partie de l'autorité souveraine » (*Contrat social*, liv. IV, chap. I, et liv. III, chap. I).

Il saute aux yeux que cette solution est contradictoire avec la doctrine de la souveraineté une et indivisible de la collectivité, développée au *Contrat social*. Avec le raisonnement de J.-J. Rousseau, on arrive non seulement au suffrage universel, mais au suffrage universel égalitaire; tous les membres de la nation doivent avoir un droit égal de participer à l'exercice de la puissance publique.

L'Assemblée nationale de 1789, tout en proclamant à la suite de Rousseau le dogme de la souveraineté nationale, plus logique que lui, ne crut point qu'il impliquât nécessairement la participation *active* de tous les membres de la nation à la puissance publique. On ne doit considérer que la volonté de la nation *une*, comme personne, et non point la volonté de l'électeur; celui-ci n'est qu'un fonctionnaire chargé de dégager cette volonté de la nation. Tous les membres de la nation n'ont donc point comme tels le droit électoral, et c'est au législateur constituant à déterminer les conditions que l'individu doit réunir pour pouvoir exercer la fonction électorale.

L'idée a été très nettement exprimée par les orateurs les plus qualifiés de l'Assemblée. Thouret s'exprimait ainsi dans la séance du 11 août 1791 : « La qualité

d'électeur est fondée sur une *commission publique,* dont la puissance publique du pays a le droit de régler la délégation. » Le texte définitif de la constitution de 1791 fut voté, on le sait, sur le rapport général de Thouret. Dans la même séance du 11 août 1791, Barnave disait : « La qualité d'électeur n'est qu'une *fonction publique,* à laquelle personne n'a *droit,* que la société dispense ainsi que le lui prescrit son intérêt ; la fonction d'électeur n'est pas un droit » (*Archives parlementaires,* 1re série, XXIX, p. 356 et 366).

L'idée dominante à l'Assemblée de 1789 est bien que l'électorat n'est pas un droit, mais une fonction. Il faut ajouter que dans la pensée de l'Assemblée, cette idée se combine avec celle du droit de citoyen. A tout individu vivant en société on reconnaît un droit individuel, supérieur à toute loi positive, s'imposant au législateur, le droit de citoyen. Ce n'est pas le droit de voter ; c'est le droit d'être reconnu comme partie composante de la nation, seule titulaire de la puissance publique ; mais le citoyen ne peut voter que si le législateur lui a conféré cette fonction. Finalement, le citoyen électeur est à la fois titulaire d'un droit et investi d'une fonction : le droit, c'est le droit qui lui appartient, avant toute loi, comme membre de la nation française ; la fonction, c'est la fonction électorale qui consiste à participer à l'expression de la volonté nationale et qui lui est conférée par la loi.

Cette combinaison, faite par l'Assemblée nationale, du droit de citoyen et de la fonction électorale, ressort très nettement de nombreux textes. Elle n'est autre chose que la distinction faite en 1789-1791 entre les citoyens *actifs* et les citoyens *passifs*. Tous les Français sont citoyens *passifs :* voilà le droit. Quelques-uns, qui réunissent certaines conditions, votent soit dans les assemblées primaires, soit dans les assemblées électo-

rales; ils sont citoyens *actifs*, électeurs : voilà la fonction. Pour bien saisir la pensée de l'Assemblée, qu'on rapproche d'une part les articles 2 et 6 du titre II de la constitution de 1791, qui déclarent que tous les Français sont citoyens, et d'autre part les articles 1 et 2 de la section II du chapitre I du titre III, qui déclarent que les citoyens actifs se réuniront pour former l'assemblée nationale législative et déterminent les conditions exigées pour être citoyen actif.

Ne pourrait-on pas opposer l'article 6 de la Déclaration des droits : « La loi est l'expression de la volonté générale. *Tous les citoyens ont le droit* de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation » ? N'est-ce pas l'affirmation que tous les citoyens ont le droit, supérieur à la loi elle-même, de participer à la puissance publique ? La contradiction n'est qu'apparente. La pensée de l'Assemblée est celle-ci : la loi est l'expression de la volonté collective, c'est-à-dire la volonté de la nation personnifiée ; tous participent à la formation de cette volonté collective, à la formation de la loi, puisque tous sont citoyens, c'est-à-dire parties composantes de la nation, et les électeurs expriment bien la volonté de tous, puisqu'ils sont agents investis par la loi de la fonction d'exprimer cette volonté.

A la Convention, les idées de J.-J. Rousseau triomphent et le droit électoral de tout citoyen est affirmé comme conséquence nécessaire du principe de la souveraineté nationale. L'article 27 de la Déclaration des droits girondine, votée par la Convention, porte : « Elle (la souveraineté) réside essentiellement dans le peuple entier et chaque citoyen a un *droit égal* de concourir à son exercice. » Même solution dans la constitution montagnarde de 1793. L'électorat est un droit, n'est qu'un droit, se confond avec le droit de citoyen ; tout

homme né et domicilié en France, âgé de 21 ans, est citoyen; tout citoyen est électeur et a le droit de prendre part au référendum législatif (const. de 1793, art. 4, 7, 8 et 11). Cependant, la Convention n'établit point le suffrage des femmes; elle n'était pas logique avec elle-même. On sait que la constitution de 1793, quoique votée par la Convention et approuvée par le peuple, ne fut jamais appliquée.

Avec la constitution de l'an III, la Convention revient au système de 1791. Sa pensée reste cependant un peu flottante. A prendre la lettre des articles 8 et 17 de la constitution, il semble que tout citoyen est électeur et que quiconque n'est pas électeur n'est pas citoyen. En réalité, on reproduit le système de 1791 : tout Français est citoyen; mais l'électorat est une fonction dont le citoyen n'est investi que sous certaines conditions spéciales.

Pendant le Consulat et le premier Empire, l'électorat n'existe à vrai dire plus : malgré leur nom les collèges électoraux du sénatus-consulte de thermidor an X font plutôt des présentations que des élections. La Restauration et le gouvernement de Juillet reviennent au suffrage effectif et direct, mais limité par un cens élevé. D'après les lois électorales des 5 février 1817, 29 juin 1820 et 10 avril 1831, l'électorat est essentiellement une fonction; le mot citoyen lui-même disparaît des lois électorales; l'électeur est un fonctionnaire, n'est qu'un fonctionnaire, et la loi est considérée comme souverainement compétente pour déterminer les conditions qui ouvrent l'accès de cette fonction.

Le décret du gouvernement provisoire du 5 mars 1848 établit le suffrage direct, universel et égalitaire. La constitution de 1848 (art. 1er, 18, 23, 24 et 25) en fait un principe constitutionnel; et la loi du 15 mars 1849 l'organise et le réglemente. Ces lois forment le

point de départ de toute la législation électorale encore en vigueur. Quel est, dans cette législation, le caractère de l'électorat? Je crois qu'il est resté ce qu'il était en 1791, à la fois un droit et une fonction.

Quand on lit les discussions de 1848, on est frappé par la similitude des pensées, des principes, des raisonnements, des formules en 1789-1791 et en 1848. Comme au début de la Révolution, on reconnaît le droit de cité à tous les Français; mais on accorde l'électorat dans des conditions très larges. Cependant l'électorat n'est point considéré comme un droit inhérent à la qualité de Français et accordé à tous sans distinction. Il n'est point donné aux femmes; et l'article 28 de la constitution de 1848 porte que la loi électorale déterminera les causes qui peuvent priver un Français du droit d'élire et d'être élu. L'électorat n'est donc point un droit inhérent à la qualité de Français; il reste une commission accordée par la loi au citoyen français. Rien dans les lois postérieures (décret-loi du 2 février 1852, loi du 30 novembre 1875) ne vient contredire cette conception.

Ma conclusion est donc celle-ci : dans la conception française, cadrant au reste parfaitement avec la théorie de la nation-personne, l'électeur est à la fois titulaire d'un droit et investi d'une fonction; l'électorat est en même temps un droit et une fonction. Le droit est le droit à la reconnaissance de la qualité de citoyen, droit qui entraîne le pouvoir de voter, si la qualité de citoyen est accompagnée des autres qualités exigées par la loi positive pour pouvoir voter. La fonction implique la compétence conférée à un certain individu, investi de la qualité de citoyen, d'exercer une certaine activité publique qui s'appelle le vote.

La conséquence principale qui résulte de ce que l'électorat est une fonction, c'est que l'électeur est

obligé de voter comme tout fonctionnaire est obligé de remplir la fonction dont il est investi. Cependant en France l'obligation du vote n'a pas été encore sanctionnée par la loi positive. Mais on peut dire que cette obligation existe déjà dans la conscience des hommes; et certainement elle sera consacrée par la loi positive dans un avenir très prochain. La loi du 2 août 1875 (art. 18) a établi le vote obligatoire pour l'élection des sénateurs. L'obligation du vote est consacrée par la constitution belge revisée en 1821, article 48, § 3 : « Le vote est obligatoire. » Il est réglementé par les articles 220 à 223 de la loi électorale.

La loi argentine de 1912 a aussi introduit le vote obligatoire.

Les chambres françaises ont été à plusieurs reprises saisies de propositions de loi tendant à l'établissement du vote obligatoire dans toutes les élections. Le 11 novembre 1913, le Sénat a pris en considération deux propositions de loi, l'une de M. Pauliat, sur le vote obligatoire dans les élections législatives, et l'autre de M. Maxime Lecomte, relative au vote obligatoire. En 1911, M. Failliot déposait à la chambre une proposition de loi tendant à l'établissement du vote obligatoire et, en 1921, MM. Joseph Barthélémy et Baréty saisissaient les chambres d'une proposition ayant le même objet. Le 9 juin 1922, la commission du suffrage universel de la chambre discutait le rapport de M. Joseph Barthélémy sur les propositions de loi instituant le vote obligatoire dans toutes les élections, et par 8 voix contre 2 abstentions, elle adoptait le principe du vote obligatoire.

J. off., Déb. parl., sénat, 1913, p. 1399; *ibid.*, chambre, 1911, p. 1109, et 1921, p. 1706. — Sur le vote obligatoire, cons. Moreau, *Le vote obligatoire, Revue politique et parlementaire,* VII, 1896, p. 36; Coutant, *Le vote obligatoire,* 1898; Jèze, *Revue du droit public,* 1905, p. 782; Labussière, *Le vote par correspondance, Revue politique et parlementaire,* 10 août 1905, p. 261; Mallat, *Le vote obligatoire,* même Revue, 10 avril 1906, p. 119.

Puisque l'électorat est une fonction, il appartient au législateur de déterminer les conditions qui doivent être réunies pour pouvoir exercer cette fonction. Ces conditions peuvent être modifiées à tout moment par le législateur, être notamment rendues plus sévères sans que ceux qui se trouvent privés de l'électorat par cette modification législative puissent se plaindre. Il appartient en effet toujours au législateur de régler et de modifier les conditions nécessaires pour l'exercice d'une fonction publique.

On est conduit à la même solution si l'on comprend que l'électorat est non point une situation juridique subjective, mais une situation de droit objectif ou situation légale. Elle est une conséquence directe de l'application de la loi ; par suite, comme toute situation légale, elle peut être modifiée à tout moment par une loi nouvelle. Sans qu'on puisse dire que la loi nouvelle ait, de ce fait, un effet rétroactif, les modifications qu'elle apporte aux conditions de l'électorat s'appliquent à tous ceux qui réunissaient les conditions exigées par la loi antérieure et qui perdent l'électorat par l'application de la loi nouvelle. C'est la conséquence logique des idées qui ont été développées au paragraphe 21.

L'électorat étant une fonction, l'électeur ne peut pas y renoncer. C'est une fonction dont il est investi et qu'il exerce dans l'intérêt de tous ; elle implique une charge sociale à laquelle il ne peut pas se soustraire définitivement. Il ne peut même pas, on l'a vu, négliger momentanément de la remplir.

Pour la même raison, le législateur peut, sans porter atteinte au principe de la souveraineté nationale, accorder aux citoyens une participation différente à la puissance publique. Il peut, par exemple, établir le suffrage à deux degrés ou le vote *plural*.

Une loi qui, comme la constitution belge revisée en

1893 (art. 47), accorde un vote à tous les citoyens âgés de 25 ans accomplis, un vote supplémentaire à raison de l'âge (45 ans) et de l'impôt payé joint à la qualité de chef de famille, et deux votes supplémentaires à raison de la capacité intellectuelle attestée par certains grades universitaires (nul ne pouvant cependant cumuler plus de trois votes), n'est point une loi contraire au principe de la souveraineté nationale.

Il convient d'ailleurs de noter que le vote plural a été supprimé en Belgique après la guerre par la loi électorale de 1919 pour les élections à la constituante et que le suffrage égalitaire est consacré aujourd'hui par l'article 47, § 2, de la constitution revisée en 1921 : « Chaque électeur n'a droit qu'à un vote ». Cet article voté sur la proposition du gouvernement établit le suffrage universel pur et simple. Il donne l'électorat à tous les citoyens belges âgés de 21 ans qui ont six mois de résidence dans une des communes du pays. Il le donne aussi aux veuves des Belges militaires ou civils, tués à l'ennemi, ou s'ils n'étaient pas mariés, à leur mère veuve, et enfin aux femmes qui pendant l'occupation ont été emprisonnées par les Allemands.

En France, dès avant la guerre, une certaine propagande était faite pour l'établissement du vote familial, système d'après lequel le chef de famille aurait, outre sa voix personnelle, une voix pour sa femme et en outre autant de voix qu'il a d'enfants mineurs. La propagande a été reprise plus activement depuis la guerre. Les partisans du système estiment qu'il y aurait là un moyen efficace de donner un encouragement aux familles nombreuses et de favoriser la repopulation de la France, plus nécessaire que jamais à la suite des formidables amputations résultant de la guerre. Le lieu n'est pas ici de discuter la question de savoir si l'établissement du vote familial aurait une influence quelconque sur la

natalité française. Il suffit de marquer nettement que le vote plural n'est pas, en soi, contraire à la notion de souveraineté nationale et que l'on peut logiquement, en effet, soutenir que le vote familial est le seul système électoral qui réalise vraiment le suffrage universel intégral, puisque par lui seulement il peut y avoir autant de suffrages émis qu'il y a d'unités composant la collectivité nationale.

Dès 1911, l'abbé Lemire déposait une proposition de loi « tendant à assurer à la famille les droits électoraux » (*J. off.*, *Doc. parl.*, Chambre, 1911, p. 2200). Rapprochez la proposition relative à la réforme électorale de MM. Ad. Giraud et Charles Bauquier (*J. off.*, *Doc. parl.*, Chambre, 1912, p. 168). L'abbé Lemire a repris sa proposition en 1914 (*ibid.*, 1914, p. 2068). Une proposition analogue a été faite au sénat, en 1914, par M. Martineau (*J. off.*, *Doc. parl.*, Sénat, 1914, 635), et en 1919, par M. de Las Cases (*ibid.*, 1919, p. 505). Une proposition de loi, due à l'initiative de M. Roulleaux Dugage, signée de 200 députés, et tendant à l'établissement du vote familial a été faite en 1920 à la chambre (*J. off.*, *Doc. parl.*, Chambre, 1920, p. 92 et p. 3319).

L'électeur exerce donc une fonction publique ; mais en même temps, en ce qui concerne cette fonction même, il a une situation objective légalement protégée. Dans la terminologie courante, on dit que s'il est investi d'une fonction il est en même temps titulaire d'un droit. Expression inexacte et dangereuse, parce qu'elle semble reconnaître à l'électeur un droit subjectif. Or telle n'est pas la vérité. S'il avait un droit subjectif, au sens vrai du mot, lui seul pourrait mettre en mouvement les voies de droit ouvertes pour le faire valoir. Il serait libre d'y renoncer ; il pourrait à son gré l'exercer ou non. En disant qu'il est dans une situation légale objective, on explique comment l'électeur ne peut renoncer à sa situation, comment elle peut être à tout moment modifiée par une loi nouvelle, comment enfin, s'il peut agir lui-même pour s'en assurer les prérogatives, d'autres personnes que lui peuvent aussi intervenir.

Au cas de contestation sur l'électorat, la question posée au juge est une question de droit objectif, une question de légalité violée. Le procès électoral rentre dans la catégorie du contentieux que j'appelle objectif et dont la nature a été déterminée aux paragraphes 28 et 31. Cela explique notamment comment la demande en inscription sur la liste électorale ou en radiation peut être formée, non seulement par l'intéressé, mais encore par tout électeur inscrit sur la liste électorale de la circonscription, comment l'appel peut être formé même par une partie qui ne figurait pas au procès en première instance (Décr. organique 2 février 1852, art. 19-22). Le juge ayant alors pour mission de résoudre une question de droit objectif, sa décision aura une portée générale; elle sera opposable à tous et pas seulement aux parties qui ont figuré à l'instance. Elle sera opposable à l'intéressé bien qu'il puisse se faire qu'il n'ait pas été partie à l'instance, puisque, on vient de le dire, tout électeur inscrit sur la liste de la circonscription peut saisir le juge du premier degré et le juge d'appel. Tout cela serait inexplicable si l'on voyait dans l'électorat un droit subjectif au sens classique et traditionnel.

Le caractère de l'électorat, considéré à la fois comme un droit et une fonction, est généralement admis par les auteurs français, notamment par Esmein, *Droit constitutionnel,* 7e édit., 1921, I, p. 354 et s. — Cf. Luigi Rossi, *Sulla natura juridica del diritto elettorale politico*, 1908; Michoud, *Théorie de la personnalité morale,* 1re partie, 1905, p. 287. Hauriou écrit : « Les électeurs agissent en vertu d'un droit d'autonomie, et c'est pour cela que le droit de suffrage est véritablement un droit individuel » (*Droit public,* 1910, p. 463).

Sur la nature de la procédure tendant à l'inscription sur les listes électorales et sur le rôle de la commission municipale de revision, cf. Ferron, *Note* sous Alger, 15 février 1901, S., 1904, II, p. 17, et Jèze, *Revue du droit public,* 1905, p. 759, à propos du jugement du tribunal des conflits du 22 juillet 1905, attribuant à la commission municipale de revision des listes électorales le

caractère de juridiction judiciaire. — Cf. mon volume intitulé : *L'État, les gouvernants et les agents*, 1903, chap. I.

Les auteurs qui admettent la théorie de la nation-organe ne voient naturellement en général dans l'électorat qu'une fonction. L'électeur est membre de la nation; il est un organe-membre, et comme tout organe il n'a point de droit subjectif; il est seulement un des instruments par lesquels l'État exerce ses droits. Si l'électeur paraît avoir un droit, ce n'est qu'une apparence ; il y a seulement un réflexe du droit constitutionnel objectif. Cf. en ce sens Laband, *Droit public*, édition française, 1900, I, p. 495; Orlando, *Fondement de la représentation politique, Revue du droit public*, 1895, I, p. 21; Posada, *Diritto politico*, 1893, I, p. 372; Saripolos, *La démocratie et l'élection proportionnelle*, 1899, II, p. 93. Cette solution paraît seule logique.

Cependant, Jellinek, qui enseigne la théorie de la nation-organe, admet que l'électorat est à la fois une fonction et un droit. Oui, dit le savant professeur, l'électeur est un fonctionnaire, et quand il vote il exerce un droit, dont le seul titulaire est l'État; mais il a cependant un droit subjectif; ce n'est pas le droit de voter, c'est le droit d'être reconnu par tout le monde, même par l'État, comme ayant une qualité qui lui permet d'exercer la fonction de voter (Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2e édit., 1905, p. 146). Cf. dans un sens analogue, Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, 1905, p. 287. Cette doctrine de Jellinek a été très vivement critiquée par Laband, *Droit public*, édition française, 1900, I, p. 495, note 1. Jellinek répond à ces critiques dans son livre *Allgemeine Staatslehre*, 1900, p. 382, note 1, et 2e édit., 1905, p. 408, note 2. Il nous semble que la théorie de Jellinek est difficilement compatible avec la conception de la nation-organe, qu'avec cette idée on ne peut voir logiquement dans l'électeur qu'un fonctionnaire exerçant un droit dont le seul titulaire est l'État, et qu'ainsi, au point de vue de la logique, Laband a raison contre Jellinek.

§ 37. — *Le suffrage des femmes.*

Depuis la guerre, la plupart des pays admettent le suffrage des femmes. On ne peut guère citer que les pays latins, comme la France, l'Italie, l'Espagne, qui, tout en pratiquant le suffrage universel, refusent à la

femme de participer à l'exercice des droits politiques. Si le suffrage des femmes s'est imposé en Amérique, en Angleterre, en Allemagne, dans les pays du Nord de l'Europe, comment expliquer que la France, qui a été l'initiatrice du suffrage universel, n'admette pas encore la capacité politique de la femme et qu'à cet égard le parlement français se soit borné à une manifestation platonique, provoquée par une équivoque et qui probablement longtemps encore n'aura pas de lendemain?

On ne peut méconnaître qu'il n'y a pas de raison logique à cette incapacité politique de la femme. Elle ne peut s'expliquer que par une survivance d'un état social antérieur où les femmes réservées aux fonctions de l'économie domestique devaient rester étrangères aux choses de la vie publique, apanage exclusif de l'homme. A celui-ci, la vie du forum et les affaires publiques, à la femme, la vie du foyer, les soins du ménage, l'éducation des enfants. Association féconde dans laquelle la femme n'avait ni le moins beau rôle, ni la moindre activité.

C'était la conception romaine et chrétienne du rôle de la femme, conception exprimée tout à la fois dans les épîtres de saint Paul et dans les œuvres du jurisconsulte Ulpien. « Je ne permets pas, écrit saint Paul, à la femme d'enseigner ni de prendre autorité sur l'homme, mais elle doit demeurer dans le silence. Car Adam fut formé le premier et Ève ensuite et ce n'est pas Adam qui a été séduit, mais la femme... Cependant elle sera sauvée en devenant mère si elle persévère dans la foi, dans la charité et dans la sanctification avec modestie » (1re épître à Timothée). Ulpien écrit qu'à raison de la pudeur qui convient à leur sexe, les femmes ne peuvent point exercer les offices virils, « *ne virilibus officiis fungantur* » et encore, « *feminæ ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotæ sunt* » (*De regulis juris*, IV, 17).

Cette conception, qui a persisté dans les pays latins, ne répond plus à l'état moral et économique de nos sociétés. Sans doute Esmein écrit : « L'exclusion des femmes n'est point arbitraire. Elle dérive d'une loi naturelle, de la fondamentale division du travail entre les deux sexes, qui est aussi ancienne, sinon que l'humanité, du moins que la civilisation. Il est aussi peu raisonnable de réclamer pour elles le suffrage politique qu'il le serait de vouloir les assujettir au service militaire » (*loc. cit.*, p. 364).

Je ne méconnais pas la division du travail entre les sexes; elle est fatale et Esmein aurait pu dire qu'elle est aussi ancienne que l'humanité. Mais elle conduit seulement à ceci qu'on ne peut confier ni aux hommes, ni aux femmes des fonctions que leur nature sexuelle les empêche d'accomplir. Il faudrait donc prouver que sa constitution physique et intellectuelle rend la femme incapable d'exercer les fonctions politiques. Or, il est bien certain que nul ne rapporte cette preuve. A l'époque où la femme restait confinée au foyer domestique et n'était en rien associée à l'économie publique, on pouvait comprendre son incapacité politique. Aujourd'hui, surtout depuis la guerre, il n'en est plus ainsi. Qu'on le veuille ou non, la femme est intimement mêlée à l'économie et à la vie publiques; elle travaille à l'atelier, à l'usine, dans les grands magasins, dans les comptoirs, dans tous les services publics. On peut dire qu'il n'y a pas un des rouages de la vie économique du pays à la marche duquel les femmes ne collaborent pas. Elles paient les impôts; si elles ne portent pas les armes, elles donnent des enfants au pays.

Ajoutons qu'une transformation se prépare, dans notre pays particulièrement, qui amènera fatalement la participation des femmes aux fonctions politiques. Les progrès du mouvement syndicaliste amèneront, dans un

avenir très prochain, une représentation politique des syndicats professionnels, une représentation syndicale. Elle viendra se juxtaposer à la représentation des individus. Les femmes comme les hommes seront elles-mêmes groupées en syndicats professionnels. Le mouvement commence à se dessiner d'une manière très nette. Si le législateur est conduit par la force des choses à organiser la représentation syndicale, il ne pourra pas évidemment ne pas faire une part à la représentation des syndicats féminins.

Ainsi la cause de l'incapacité des femmes est temporaire et contingente, et je considère comme générale, profonde et irrésistible, l'évolution des sociétés modernes vers l'accession des femmes aux fonctions politiques.

Ni l'Assemblée nationale de 1789, ni la Convention ne songèrent un seul instant à accorder l'électorat aux femmes, bien que la Convention vît dans l'exercice des droits politiques un droit naturel de tout être humain. Bien plus, la question s'étant expressément posée devant elle dans la séance du 9 brumaire an II à la suite de troubles provoqués au marché des Innocents par quelques femmes « se disant jacobines, d'une société prétendue révolutionnaire », la Convention vota un décret défendant les clubs et les sociétés populaires de femmes sous quelque dénomination que ce soit.

Le code civil, par la place subordonnée qu'il donne à la femme dans la famille, par le devoir d'obéissance qu'il lui impose envers son mari, par l'incapacité civile dont il frappe la femme mariée, vint donner une nouvelle force à la tradition romaine et chrétienne et reculer à une date lointaine l'accession des femmes à la vie politique. De fait, quand en 1848 on proclame et on organise le suffrage universel, la question du suffrage des femmes ne se pose même pas.

On peut dire que la question des droits politiques de

la femme n'a été posée sérieusement pour la première fois que par le célèbre discours de Stuart Mill à la chambre des communes en 1867. Le grand philosophe réclamait le droit électoral pour toutes les femmes, « parce que, disait-il, on ne peut pas plus longtemps les classer parmi les enfants, les idiots et les fous ». Mais en fait il ne revendiquait immédiatement le droit de vote que « pour les femmes propriétaires, hors mariage, payant en leur nom l'impôt », en vertu du principe du droit anglais : point d'imposition sans représentation.

On peut dire que depuis ce discours la question du suffrage des femmes a été posée en Angleterre. Et cependant elles ne l'ont obtenu qu'en 1918, et encore à la faveur de la guerre. Il n'y a plus d'intérêt à exposer les péripéties de la campagne très active qu'ont poursuivie, pendant de longues années, en Angleterre, les féministes des deux sexes, et particulièrement celles qu'on appelait les suffragettes, ni les incidents souvent très vifs auxquels elle a donné lieu.

En 1894, les femmes obtenaient, aux mêmes conditions que les hommes, le suffrage pour les élections municipales dans les paroisses urbaines et rurales ainsi que dans les bourgs, et pour les élections aux conseils de comté. Les femmes peuvent siéger depuis 1875 dans les *Boards of Guardians* chargés des fonctions d'assistance. Depuis 1894, elles sont éligibles aux conseils de paroisses. Un acte important d'août 1907 a accordé aux femmes l'éligibilité aux conseils de comté et aux conseils de bourg.

Cet électorat et cette éligibilité pour les conseils administratifs furent considérés comme le prélude de la reconnaissance complète des droits politiques à la femme anglaise. D'ailleurs, ils paraissent avoir produit les plus heureux effets. On s'accorde à reconnaître que

l'influence des femmes a été particulièrement heureuse dans tous les services d'assistance et d'hygiène, notamment à Londres où les femmes, avant d'être éligibles aux conseils municipaux, étaient éligibles aux *vestries* supprimés en 1899.

Caroline Michaud, *Le droit de suffrage des femmes en Angleterre*, *Revue politique et parlementaire*, avril 1909, p. 112; Jenks, *L'administration locale en Angleterre*, édition française, 1902, p. 48.

Le 11 juillet 1910, après une vive discussion, la chambre des communes votait en seconde lecture, par 299 voix contre 190, après deux jours de débats, le bill Shackleton, qui accorde le vote aux femmes dans les conditions suivantes : « 1° Toute femme chef de famille ou payant un loyer de 250 francs aura le droit de se faire inscrire sur le registre des électeurs et de voter ensuite dans le comté ou le bourg où sera située sa maison; 2° le mariage ne privera pas la femme de ses droits électoraux, pourvu que le mari et la femme ne tiennent pas de la même propriété leur droit de vote. » Cependant, il fut visible que ce vote n'aboutirait pas à réaliser la réforme, au moins immédiatement. Le suffrage des femmes était défendu par des socialistes comme M. Shackleton, par le leader unioniste, M. Balfour, par le ministre de la guerre, M. Aldane. Il était combattu par le premier ministre, M. Asquith; le chancelier de l'échiquier, M. Lloyd George. D'autre part, destiné à mettre d'accord par une sorte de transaction ceux qui voulaient le suffrage universel des deux sexes et ceux qui voulaient n'accorder le vote qu'aux femmes qui possédaient, le bill ne donnait satisfaction à personne.

En 1910 et 1911, malgré la très vive campagne menée en faveur du suffrage féminin par la Société politique des femmes, l'opinion publique fut détournée de cet objet par le problème financier et par la réforme

de la chambre des lords. Une forte organisation anti-suffragiste se constitua ayant à sa tête lord Cromer. Un publiciste considérable, M. Dicey, professeur à Oxford, déclara qu'après avoir été partisan du suffrage féminin, il y était devenu nettement hostile. Il faisait observer que l'attribution aux femmes de l'électorat leur donnerait la majorité; que l'établissement du suffrage universel avec l'admission des femmes ferait passer le nombre des électeurs de 7 millions à 24.374.000, que ce serait une imprudence grave (*Letter to a friend of vote for women*, 1909).

Dans ces conditions, il était évident que l'opinion en faveur du suffrage des femmes allait subir un recul. Sans doute, le 5 mai 1911, la chambre des communes votait encore le principe du vote féminin en adoptant le « *Conciliation bill* ». Mais un an après, elle repoussait une proposition identique par 222 voix contre 201; et les membres du cabinet eux-mêmes se divisaient. Tandis que le Premier, M. Asquith, votait contre, MM. Lloyd George et Gray votaient pour.

Avec la guerre, les choses allaient changer de face. En Angleterre comme en France, pendant que tous les jeunes hommes étaient au front, les femmes ont par leur travail, dans toutes les branches de l'activité humaine, contribué pour une large part à réaliser la vie économique du pays. Ayant assumé les charges de la vie sociale, il était juste qu'elles eussent le droit de participer à la puissance politique. C'est ce que vint dire à la chambre des communes M. Asquith, avec toute l'autorité que lui donnaient sa qualité de chef du parti libéral et aussi l'opposition qu'il avait faite, pendant qu'il était premier ministre, à l'adoption du suffrage féminin.

Le 28 mars 1917, M. Asquith déposait à la chambre des communes une résolution en faveur de la revision

de la loi électorale et de la prolongation de la législature pour une période de sept mois. « Cette prolongation s'impose, disait M. Asquith ; mais de toute façon de nouvelles élections ne peuvent avoir lieu, sans avoir préalablement introduit certaines réformes dans le système actuellement en usage, dont une des plus importantes est celle du suffrage des femmes. » M. Asquith ajoutait que lui-même et beaucoup d'autres avaient entièrement modifié leur point de vue à ce sujet. « Il y a quelques années, je disais encore : que les femmes travaillent elles-mêmes à leur salut. C'est ce qu'elles ont fait, disait M. Asquith, durant toute la guerre ; comment aurions-nous pu poursuivre la lutte sans elles ? Leur activité s'est donné libre cours sous de nombreux aspects. Un nouvel ordre de choses est né de la guerre ; et contester aux femmes le droit qu'elles ont acquis de se faire entendre directement serait peu en rapport avec l'esprit de justice qui doit nous animer. » Après cette déclaration, le suffrage féminin avait cause gagnée. Le lendemain 29 mars 1917, la chambre des communes votait à une forte majorité la résolution de M. Asquith pour l'adoption d'une réforme électorale comportant le vote des femmes.

En effet, le projet de réforme électorale avec le vote des femmes était voté bientôt après par la chambre des communes à une forte majorité et adopté le 10 janvier 1918 par la chambre des lords. Le suffrage des femmes était admis par la haute assemblée qui jusque-là y avait toujours été hostile et qui maintenant l'adoptait malgré l'opposition très vive de lord Finlay et de lord Curzon. Le projet devenait ainsi le *Representation of the people Act* du 6 février 1918, qui établissait le suffrage universel pur et simple, abolissait le vote plural et admettait le vote des femmes.

Est électrice toute femme sujette britannique ayant

30 ans d'âge et ayant soit la qualité d'électeur pour les administrations locales, soit la qualité de femme d'un électeur aux administrations locales. On doit rappeler que pour être électeur aux administrations locales, il faut être depuis six mois propriétaire ou locataire d'une terre ou d'une habitation quelconque, c'est-à-dire avoir un domicile fixe. Le nouvel acte électoral conférait ainsi le droit électoral à 6.000.000 de femmes environ, qui ont pris part aux élections de la chambre des communes faites en 1918.

Du jour où l'électorat politique était en Angleterre conféré aux femmes, il était évident qu'elles obtiendraient avant peu l'éligibilité au parlement. Le 23 octobre 1918, M. Herbert Samuel, du parti libéral, présentait à la chambre des communes la motion suivante : « La chambre est d'avis qu'il est désirable de voter immédiatement un bill à l'effet de rendre les femmes éligibles comme membres du parlement. » Après une longue et vive discussion, la motion était votée à une grande majorité. A la suite de ce vote, un bill dans le même sens était présenté à la chambre des communes et voté par elle en troisième lecture, le 6 novembre 1918. Il était adopté aussi par la chambre des lords, qui repoussait cependant un amendement de lord Haldane tendant à conférer aux femmes l'éligibilité, même à la chambre des lords. Quoi qu'il en soit, la réforme du 6 février 1918 a été ainsi complétée par la loi de novembre 1918 consacrant l'éligibilité des femmes à la chambre des communes. Il est à noter que la loi ne fixe pas l'âge de l'éligibilité et que, par suite, les femmes qui ne sont électrices qu'à 30 ans pourraient être légalement élues à l'âge de 21 ans.

Le parlement anglais ne devait pas en rester là, et la force logique du principe devait l'amener à supprimer toute cause d'incapacité d'accès aux fonctions publi-

ques à raison du sexe. De fait, une loi de 1920 a décidé « qu'était supprimée toute disqualification à raison du sexe ». Maintenant les femmes anglaises peuvent exercer toutes sortes de fonctions, même judiciaires et, en fait, il y en a déjà qui sont investies de ces hautes fonctions. La question s'est posée de savoir si la conséquence de cette loi n'était pas pour les femmes la possibilité de siéger à la chambre haute. Le 3 mars 1922, la commission des privilèges de la chambre des lords a reconnu ce droit à la vicomtesse Rhonda et comme conséquence de cette décision, la chambre des lords lui a attribué ce droit.

Sur l'électorat et l'éligibilité des femmes en Angleterre, cf. *Chronique constitutionnelle d'Angleterre*, *Revue du droit public*, 1918, p. 97 et 529.

Les pays du Nord de l'Europe ont tous, à l'heure actuelle, le suffrage des femmes.

Dès le 21 juillet 1906, l'empereur de Russie a sanctionné la loi établissant en Finlande le suffrage universel. Le droit de vote est accordé à tous les citoyens finlandais de l'un ou de l'autre sexe âgés de 24 ans. Tous les électeurs sont éligibles sans condition de sexe. Les femmes ont aussi le droit de suffrage aux élections municipales. Les femmes finlandaises prennent une part très active à la vie politique. Mais par tactique peu de femmes ont été élues au parlement. En 1907, il y en avait 18; en 1908, il y en avait 25 dont la moitié étaient mariées et mères.

En Norvège, la loi du 14 juin 1907 a donné aux femmes le droit de suffrage politique, mais cependant pas dans les mêmes conditions qu'aux hommes, pour lesquels depuis la loi du 29 mars 1906 existe le suffrage universel. Toute femme norvégienne âgée de 25 ans accomplis a le droit de voter, à la condition qu'elle ait payé à l'État ou à la commune l'impôt à raison d'un revenu annuel d'au moins 400 couronnes (533 francs)

pour les villes et 300 couronnes (400 francs) pour les campagnes. Si la femme est mariée et vit en communauté de biens avec son mari, il suffit que celui-ci ait payé l'impôt. On estime que cette loi accorde le droit de suffrage à 300.000 femmes environ. Cf. Vialatte, *La vie politique dans les deux mondes*, I, 1908, p. 250.

La loi danoise du 28 avril 1908 donnait aux femmes l'électorat municipal. La constitution du 4 juin 1915 établit le même régime pour les hommes et pour les femmes. Elle accorde l'électorat politique et l'électorat municipal à tout homme et toute femme âgés de 25 ans.

D'après la réforme constitutionnelle suédoise de 1919, les femmes ont l'électorat à l'âge de 23 ans.

Aujourd'hui, en Allemagne, les femmes ont les mêmes droits d'électorat et d'éligibilité que les hommes. Au mois de février 1917, une pétition était faite au ministre de l'Intérieur de Prusse tendant à ce que, à raison des services qu'elles rendaient pendant la guerre, les femmes fussent admises à voter dans les élections municipales et administratives. Après la révolution de novembre 1918 et la chute du gouvernement impérial, la constitution de Weimar du 11 août 1919, dont les auteurs prétendent qu'il n'en est pas de plus démocratique, est venue assimiler complètement les hommes et les femmes au point de vue des droits politiques. L'article 109 de la constitution nouvelle formule le principe général dans les termes suivants : « Tous les Allemands sont égaux devant la loi. Hommes et femmes ont en principe les mêmes droits et les mêmes devoirs civils. » Faisant application de ce principe, l'article 22 de la constitution porte : « Les députés (au Reichstag) sont choisis au suffrage universel égal, direct et secret de tous hommes et femmes de plus de 20 ans sur la base de la représentation proportionnelle. » La constitution de Weimar va même plus loin. L'article 17 impose en effet à tous

les pays dont la réunion forme le Reich « d'avoir une constitution d'État libre, la représentation du peuple devant être élue au suffrage universel égal, direct et secret par tous les Allemands d'empire, hommes et femmes, selon le principe de la représentation proportionnelle ».

Sur la constitution allemande du 11 août 1919, cons. J. Dubois, *La constitution allemande de 1919,* avec une préface de Larnaude, 1920; Errera, *La nouvelle constitution de l'empire allemand*, *Revue du droit public*, 1920, p. 138 et s.; R. Brunet, *La constitution allemande du 11 août 1919,* avec une préface de J. Barthélémy, 1920; Giese, *Die Verfassung des Deutschen Reiches von 11 august 1919;* Arnd, *Reichsverfassung.* 1919; Stier-Somblo, *Reichsverfassung,* 1920.

La nouvelle constitution de la République prussienne du 30 novembre 1920 accorde le droit électoral dans les mêmes conditions aux hommes et aux femmes : « Sont électeurs tous les Allemands et Allemandes âgés de plus de 20 ans qui ont leur domicile en Prusse » (art. 4, § 1).

Cf. Redslob, *Texte et commentaire de la constitution prussienne du 30 novembre 1920, Revue du droit public,* 1921, p. 177.

La nouvelle Autriche a elle aussi adopté le suffrage des femmes. L'article 7 de sa constitution formule le principe général de l'égalité politique et civique : « Tous les citoyens fédéraux sont égaux devant la loi. Il n'existe aucun privilège de naissance, de sexe, de profession, de classe ou de confession. » L'article 26, § 1, accorde expressément le droit électoral aux femmes exactement dans les mêmes conditions qu'aux hommes. « Le conseil national est élu par le peuple de la Fédération autrichienne d'après les principes de la représentation proportionnelle sur la base du vote égal, direct, secret et personnel des hommes et des femmes qui auront accompli leur vingtième année avant le 1er janvier de l'année de l'élection. » L'éligibilité est accordée à tout électeur homme ou femme qui a accompli sa vingt-

quatrième année avant le 1er janvier de l'année de l'élection (art. 26, § 4).

On trouvera la traduction complète de la constitution fédérale autrichienne du 1er octobre 1920 et de la loi de la même date, concernant le passage à une constitution fédérale, dans la *Revue du droit public*, 1921, p. 260 et 305.

La charte constitutionnelle polonaise du 17 mars 1921 accorde l'électorat à tous les citoyens âgés de 21 ans accomplis, sans distinction de sexe. La loi tchécoslovaque du 29 février 1920 (art. 8-15) déclare n'établir aucune distinction entre les sexes, ni pour l'électorat, ni pour l'éligibilité.

Aux États-Unis, l'incapacité politique de la femme fut d'abord la règle générale. Le premier État qui adopta l'électorat des femmes fut le Wyoming. Plein d'admiration pour son expérience, le parlement du Wyoming crut devoir envoyer en 1894, à tous les parlements du monde, une adresse commençant par ces mots : « Attendu que sans l'aide d'une législation oppressive, sans causer aucun dommage, le suffrage féminin a contribué à bannir de l'État la criminalité, le paupérisme et le vice... » (Cité d'après Turgeon, *Le féminisme*, p. 23).

Divers États, à l'exemple du Wyoming, ont successivement adopté l'électorat des femmes : le Colorado, l'Utah, l'Idaho et, à une époque plus rapprochée, le Washington, en 1910 ; la Californie, en 1911 ; l'Orégon, l'Arizona, le Kansas, le Michigan, en 1912 ; le Névada et l'État de New-York, en 1913 ; le Massachusetts, en 1914.

Enfin le suffrage des femmes est actuellement un principe de la constitution fédérale elle-même. Au mois de février 1919, le congrès des États-Unis votait la disposition suivante qui devait devenir le 19e amendement à la constitution fédérale : « Le droit de vote ne sera refusé

à personne pour raison de sexe. » Mais ce n'est qu'au mois d'août 1920, par le vote de la chambre des représentants du Tennessee, que ce texte a obtenu la majorité des trois quarts des États exigée par le chapitre v de la constitution fédérale, et est devenu amendement constitutionnel faisant partie intégrante de la constitution. Il a été promulgué le 26 août 1920. Il ne peut être désormais abrogé ou modifié que suivant la procédure de la revision constitutionnelle. Par application de ce texte, 20.000.000 de femmes ont acquis la capacité électorale et ont pu prendre part à l'élection présidentielle du mois d'octobre 1920.

Sur l'électorat des femmes aux États-Unis, cons. Busnhell Hart, *Actual governement*, p. 70; Hanson Robinson, *Le mouvement féministe aux États-Unis, Revue politique et parlementaire*, 1898, XVII, p. 259.

En Australie, l'électorat et l'éligibilité des femmes étaient admis dans l'Australie du Sud et dans l'Australie Occidentale dès avant 1902, date de la constitution fédérale. Ils ont été admis par la Nouvelle-Galles du Sud en 1902, par la Tasmanie en 1903 et par le Queensland en 1905. Seul l'État de Victoria ne les a pas encore adoptés; la chambre haute y a toujours repoussé les *bills* présentés en ce sens et votés par la chambre basse.

Cf. Harrisson Moore, *The constitution of the Commonwealth of Australia*, 1908, p. 108 et s.

Les publicistes sont d'accord pour constater les heureux résultats du suffrage féminin en Australie. C'est sous l'influence des femmes que fut élaborée et votée l'excellente législation australienne pour la protection des ouvrières, et aussi la législation protectrice des enfants. Les femmes ont pris une part importante à la lutte contre la passion du jeu et au vote de la loi sur les retraites générales pour la vieillesse. Le suffrage

des femmes aurait aussi relevé le niveau moral dans le parlement.

Cf. Rodolphe Broda, *Documents du progrès*, juillet 1909, p. 3; Katarine Pritchard, *ibid.*, p. 16.

La Nouvelle-Zélande a l'électorat des femmes depuis 1892. Mais elles ne sont pas éligibles au parlement. Les fonctions municipales leur sont accessibles. Les femmes de la Nouvelle-Zélande travaillent à faire leur éducation politique. Elles se sont réunies dans une vaste association appelée *National council of the Women of New-Zealand*. Il semble même que leurs occupations politiques les détourneraient de leurs devoirs familiaux (Dépêche de Wellington dans *le Temps*, 15 août 1909). Mais on s'accorde à reconnaître que c'est à l'action politique des femmes qu'est due toute la législation antialcoolique.

Cf. Miss Chamier, *Revue d'économie politique*, 1908, p. 778; Rodolphe Broda, *Documents du progrès*, juillet 1909, p. 7.

On a déjà dit au paragraphe 36 qu'en Belgique, aux termes de l'article 2 de la loi du 9 mai 1919 et de l'article 47, § 4, de la constitution revisée en 1919-1921, ont le droit électoral les femmes veuves de Belges tués à l'ennemi et, s'ils n'étaient pas mariés, leur mère veuve et aussi les femmes qui ont été emprisonnées pour cause patriotique. Le même article 47 de la constitution revisée contient un paragraphe 3 ainsi conçu : « Une loi pourra dans les mêmes conditions (que celles déterminées pour les hommes par le paragraphe 1 du même article) attribuer le droit de vote aux femmes. Cette loi devra réunir au moins les deux tiers des suffrages. »

Le parlement de Belgique a adopté en 1921 une loi établissant le suffrage universel pur et simple pour les élections municipales, fixant l'âge de l'électorat à 25 ans et assimilant complètement les hommes et les femmes. Celles-ci ont pris part, pour la première fois le 14 avril 1922, aux élections municipales. Mais à

l'heure actuelle, la question de savoir si le parlement doit faire usage du pouvoir, que lui a donné la constitution revisée, d'instituer l'électorat politique des femmes, fait l'objet de très vives discussions. Il semble d'ailleurs que la question de l'extension du suffrage féminin est considérée en Belgique du point de vue politique pur et que les partis seront déterminés avant tout par des considérations d'ordre électoral.

Revue politique et parlementaire, septembre 1919, p. 277, et *Revue du droit public,* 1921, p. 557; *Lettre de Belgique, Le Temps,* 15 septembre 1922.

Dans sa constitution du 15 mai 1919, le Luxembourg a proclamé l'égalité politique des sexes.

Au mois de novembre 1920, la chambre des députés italienne, à la majorité de 240 voix contre 10, a appelé les femmes à l'électorat administratif.

Le court exposé qui précède montre combien la France, qui a été l'initiatrice du suffrage universel, est en retard en ce qui concerne la capacité politique de la femme. La raison réelle et profonde en est la persistance dans notre pays, plus que nulle part ailleurs, de la conception romaine et chrétienne du rôle de la femme, laquelle doit rester au foyer pour assurer la vie domestique, soigner et élever les enfants, pendant que le mari est à l'extérieur pour assurer la vie sociale, conception que j'ai mise en relief au début de ce paragraphe, conception qui a sa force et sa grandeur. Diverses causes d'ordre secondaire sont venues s'y ajouter. D'abord, il semble bien que la majorité des femmes françaises, même de celles qui travaillent dans le commerce et l'industrie, dirigent des entreprises, restent indifférentes à la question et ne désirent aucunement l'accession aux droits politiques. D'autre part, les femmes qui réclament bruyamment l'électorat apparaissent souvent comme des agitées dépourvues d'autorité et parfois de moralité. Enfin, on ne saurait nier

que les partis politiques avancés, qu'ils l'avouent ou non, sont au fond hostiles à la réforme ; ils redoutent, en effet, que l'admission des femmes dans les collèges électoraux n'y apporte un élément actif et puissant de réaction politique et religieuse.

Toutefois, je crois que le mouvement général en faveur du suffrage féminin est si puissant que le législateur français lui-même l'adoptera dans un avenir qui ne peut être éloigné. Les femmes paraissent devoir être associées chaque jour davantage à la vie économique, administrative, intellectuelle du pays. En retour, elles acquerront forcément les droits politiques de vote et d'éligibilité.

En France, les seules dispositions légales inspirées par l'idée d'accroître les droits civiques des femmes sont la loi du 7 décembre 1897 conférant aux femmes le droit d'être témoins dans les actes notariés et de l'état civil ; les lois du 23 janvier 1898 et du 9 février 1908 qui ont donné aux femmes commerçantes l'électorat aux tribunaux et aux chambres de commerce, mais pas l'éligibilité ; la loi du 1er décembre 1900 permettant aux femmes de prêter le serment et d'exercer la profession d'avocat ; les articles 5 et 6 de la loi du 27 mars 1907 modifiés par la loi du 15 novembre 1908 qui donnent aux femmes l'électorat et l'éligibilité aux conseils des prud'hommes ; la loi du 17 juillet 1908, article 5, qui accorde aux femmes l'éligibilité aux conseils consultatifs du travail ; la loi du 25 juillet 1919 qui accorde aux syndicats féminins le droit de participer à l'élection des conseils départementaux et cantonaux de l'enseignement technique. On doit rapprocher la loi du 20 mars 1917 modifiant certains articles du code civil relatifs à l'accession des femmes à la tutelle.

Depuis 1906, les chambres françaises ont été saisies de diverses propositions tendant à reconnaître aux

femmes l'électorat, soit dans toutes les élections, soit seulement dans les élections administratives et municipales. Le 10 juillet 1906, M. Dussaussoy, député, déposait sur le bureau de la chambre une proposition tendant à conférer aux femmes l'électorat pour les conseils administratifs (conseils municipaux, d'arrondissement et généraux). La commission du suffrage universel adopta cette proposition en ajoutant l'éligibilité à l'électorat. Un rapport très documenté de M. Buisson a été déposé dans la première séance du 10 juillet 1909.

J. off., Doc. parl., Chambre, session ordinaire, 1909, p. 2495.

Le 24 décembre 1909, une délégation de la section du suffrage du *Conseil national des femmes françaises* fit une démarche auprès de M. le Président de la République qui l'assura de sa sympathie. La même délégation fut reçue le même jour par M. Briand, président du conseil, qui promit son appui à des revendications empreintes de sagesse et de modération. Cette fédération féminine comptait 70.000 adhérentes environ.

Le 5 avril 1910, la 22e commission des pétitions, saisie d'une requête demandant qu'on accorde le droit de vote aux femmes pour les élections au parlement et aux conseils municipaux, prit la délibération suivante : « En présence de la demande des pétitionnaires, c'est-à-dire le suffrage intégral donné aux femmes pour réaliser enfin la représentation intégrale de la nation, la commission a jugé nécessaire de se prononcer officiellement : à l'unanimité, elle a accepté le bien-fondé du principe de la demande des pétitionnaires et a reconnu l'importance essentielle que sa réalisation aurait pour le pays. »

Le 24 janvier 1918, M. Magniez, député, déposait une proposition tendant à accorder aux femmes le droit de vote dans les mêmes conditions qu'aux hommes. Au sénat, le 2 août 1918, M. L. Martin déposait un

rapport tendant à la prise en considération de sa propre proposition qui donnait l'électorat aux femmes dans toutes les élections.

J. off., Doc. parl., Chambre, session ordinaire, 1918, p. 96; *J. off., Doc. parl.*, 1918, Sénat, p. 732. Cf. le texte de la proposition, *ibid.*, p. 468.

Le 16 décembre 1918, divers groupements féministes adressaient aux sénateurs et aux députés un manifeste rappelant les services rendus par les femmes au pays pendant la guerre et se terminant ainsi : « Que la libération et l'union soient maintenant complètes, que tous les enfants de la France trouvent dans des droits égaux une force égale afin de travailler pour elle d'un même amour et d'un même cœur. »

M. Pierre-Étienne Flandin, le 8 mai 1918, au nom de la commission du suffrage universel de la chambre, avait déposé un rapport concluant à l'adoption d'un projet établissant l'électorat des femmes âgées de 30 ans aux conseils généraux et aux conseils municipaux et d'arrondissement, et leur éligibilité aux conseils municipaux seulement, étant entendu que les femmes ne pourraient pas être délégués sénatoriaux.

J. off., Doc. parl., Chambre, 1918, p. 1783, et 1919, p. 2930.

La discussion de ce projet s'ouvrit à la chambre le 15 mai 1919. Après une courte discussion, le passage à la discussion des articles était voté à une très forte majorité, 380 voix contre 218. Par 319 contre 200, la chambre prononçait la disjonction d'une proposition Roulleaux Dugage tendant à instituer le vote familial. Cf. § 36. Le 20 mai, après d'éloquentes interventions de MM. Viviani et Briand, la chambre votait un contre-projet de M. Jean Bon auquel s'étaient ralliés MM. Bracke et Andrieu et dont voici le libellé : « Les lois et dispositions réglementaires sur l'électorat et l'éligibilité à toutes les assemblées élues sont applicables à tous les citoyens français sans distinction de sexe. »

Ce texte était voté par 329 voix contre 95, *J. off., Déb. parl.*, 1919, Chambre, p. 2358 et 2365.

Quelques mois après, le 7 octobre 1919, au moment du dépôt par M. Pams, ministre de l'Intérieur, du projet de loi fixant l'ordre et la date des élections sénatoriales, législatives, départementales et municipales, suspendues pendant la guerre, M. Bracke déposait une motion ainsi conçue : « La chambre invite le gouvernement à demander au sénat de mettre le plus rapidement possible à son ordre du jour le droit de suffrage pour les femmes. » Elle était votée à peu près par la même majorité que le contre-projet Jean Bon (340 voix contre 95).

Dès le 18 septembre 1919, la commission sénatoriale chargée de l'examen des divers textes relatifs au vote des femmes, réunie sous la présidence de M. Régismanset, avait adopté le rapport de M. Alexandre Bérard concluant au rejet du projet voté par la chambre qui accordait aux femmes, dans les mêmes conditions qu'aux hommes, l'électorat et l'éligibilité dans toutes les élections. Elle repoussait aussi diverses propositions tendant à l'institution du vote familial. Depuis, toutes ces propositions dorment dans les cartons du sénat, et ni la chambre élue en 1919 ni le gouvernement ne paraissent disposés à en provoquer le réveil.

Rapport au sénat de M. Alexandre Bérard, *J. off., Doc. parl.*, 1919, p. 813, n° 564.

Cependant, au mois de janvier 1920, M. Justin Godard déposait à la chambre une motion tendant à inviter le gouvernement à obtenir que le sénat inscrive dans le plus bref délai à son ordre du jour la proposition de loi votée par la chambre le 20 mai 1919 et tendant à accorder le droit de suffrage aux femmes. La proposition Justin Godard a été l'objet d'un long et remarquable rapport de M. J. Barthélemy, qui contient une étude complète de la matière et qui conclut à l'établis-

sement dans notre pays, comme en Angleterre et en Amérique, de l'électorat et de l'éligibilité des femmes à toutes les assemblées élues.

J. off., Doc. parl., Chambre, 1920, p. 1393.

La question du suffrage des femmes a donné lieu à une littérature considérable. On peut citer notamment, Turgeon, *Le féminisme français*, 1898, 2 vol., particulièrement le t. II; Zimmern, *Womans's suffrage in many lands*, 1909; *Compte rendu du congrès féministe de 1900, Mouvement socialiste*, 15 octobre et 1er novembre 1900; *Compte rendu du congrès international des femmes*, tenu à Paris du 14 au 17 juin 1906; Madeleine Pelletier, *Le féminisme et ses militants, Documents du progrès*, juillet 1909, p. 19; Rodolphe Broda, *Le suffrage des femmes, Documents du progrès*, juillet 1910, p. 3; Duguit, *Le suffrage des femmes*, Coïmbra, 1910; Le Couteulx du Malais, *Les droits politiques de la femme*, thèse Paris, 1913; Zimmern, *Le suffrage des femmes dans tous les pays*, 1911; Brunelli, *Il suffragio politico femminile nei suoi criteri giuridici*, 1911; Buisson, Rapport à la chambre, *J. off., Doc. pal.*, session ordinaire, 1913, p. 1389, et annexes au rapport, *ibid.*, p. 1428; Joseph Barthélemy, Rapport à la chambre, *J. off., Doc. parl.*, Chambre, 1920, p. 1393. Rapp. proposition de M. Jules Guesde tendant à établir l'égalité civile et l'égalité politique des deux sexes, *J. off., Doc. parl.*, Chambre, session ordinaire, 1920, p. 101; Berthélemy, *Pour le vote des femmes, Revue politique et parlementaire*, avril 1922, p. 5; Riennier, *De l'émancipation économique et politique des femmes*, thèse Montpellier, 1922.

§ 38. — *Le gouvernement direct.*

Si l'on se place au point de vue réaliste pur, le corps des citoyens est tout simplement un certain nombre de membres de la nation qui détiennent une force gouvernante, soit parce qu'ils sont les plus nombreux, soit parce qu'ils sont les plus riches, en un mot parce qu'ils sont les plus forts. Ce corps est plus ou moins compréhensif suivant les pays; et d'après la terminologie reçue, le pays est d'autant plus démocratique que ce corps est plus étendu, que les conditions établies par la loi pour en faire partie sont plus larges. Mais quel-

que compréhensif que soit le corps des citoyens, on ne peut y voir, dans la conception réaliste, la nation elle-même personnifiée et manifestant sa volonté. On ne peut y voir davantage l'organe de vouloir de la nation ou le corps représentatif de la nation. On sait que pour moi toutes ces conceptions sont sans valeur. Je ne peux voir dans le corps des citoyens que ce qui est en fait, c'est-à-dire un groupe d'hommes appartenant à la même nation, plus ou moins étendu, et exerçant en fait une certaine puissance politique.

Dans la doctrine française, le corps des citoyens n'est point un corps représentatif de la nation; c'est la nation elle-même en tant qu'elle est organisée pour exprimer sa volonté; il exprime directement la volonté souveraine de la nation. Cf. § 34.

Cela rappelé, on conçoit deux systèmes de gouvernement. Le corps des citoyens exerce lui-même les diverses fonctions de l'État. Ce mode de gouvernement est, suivant une terminologie traditionnelle, appelé *gouvernement direct*. Au contraire, le corps des citoyens peut désigner un individu, ou plusieurs individus, ou un groupe d'individus, ou plusieurs groupes d'individus, qui seront ses représentants et exerceront en son nom les fonctions étatiques. Ce mode de gouvernement est appelé *gouvernement par représentation* ou *gouvernement représentatif*.

Le gouvernement direct dans sa plénitude implique que le corps des citoyens exerce lui-même toutes les fonctions de l'État, la fonction législative, la fonction administrative et la fonction juridictionnelle. Mais il y a une fonction qu'il est à peu près dans l'impossibilité absolue d'exercer, c'est la fonction administrative. Il est matériellement impossible que le corps des citoyens fasse lui-même tous les actes de cette fonction, et exerce l'action continuelle qu'implique sa mise en œuvre.

Rousseau lui-même, l'apôtre du gouvernement direct, déclare qu'un gouvernement démocratique absolu, c'est-à-dire un gouvernement où toutes les fonctions publiques seraient exercées par le corps des citoyens, est impossible. « S'il y avait un peuple de dieux, il se gouvernerait démocratiquement » (*Contrat social,* liv. III, chap. IV). Dans les cités antiques, qui ont poussé le plus loin le système du gouvernement direct, les fonctions administratives et la plupart des fonctions juridictionnelles étaient exercées par des magistrats institués par le peuple. La fonction juridictionnelle pénale fut à Rome exercée pendant longtemps par le peuple pour certaines infractions. La fonction qui a été surtout exercée directement par le corps des citoyens est la fonction législative. On sait que dans les cités grecques et romaines, le vote direct de la loi par l'assemblée du peuple a été le mode normal et général de la confection des lois. A Rome, on trouve encore sous Auguste et sous Tibère des lois votées par les comices.

Dans les États modernes, le vote direct des lois par l'assemblée du peuple est en général matériellement impossible, à cause de la grandeur du territoire et du nombre de la population. C'est la raison qui a dû contribuer surtout à l'adoption du gouvernement représentatif. Il y a cependant en Europe quelques petits États où se pratique encore aujourd'hui le vote direct des lois par l'assemblée du peuple. Ce sont les six petits cantons suisses suivants : Uri, Oberwald, Niderwald, Glaris, Appenzwell Rhodes intérieures et Appenzwell Rhodes extérieures. Ce sont bien six États distincts et séparés (Communication de M. le professeur Knapp).

L'assemblée du peuple (*Landgemeinde*) se réunit sur la place publique à certaines époques, vote les lois, statue sur toutes les questions d'intérêt général et nomme les magistrats. C'est le gouvernement direct

véritable. Il paraît remonter par une tradition ininterrompue jusqu'à la constitution des *civitates* germaniques décrites par Tacite.

Cf. Deploige, *Le référendum en Suisse,* 1892, avec une introduction de Lilian Tomn dans l'édition anglaise; Curti, *Le référendum,* édition française, 1905, surtout p. 307; J. Signorel, *Études de législation comparée sur le référendum législatif,* 1896, et surtout Ryffel, *Die schweizerischen Landsgemeinden,* 1904; Delpech, *Référendum et Landsgemeinde suisses, Revue du droit public,* 1906, p. 193; *Ibid.,* le texte de la constitution du canton d'Oberwald, du 27 avril 1902, et du règlement sur la *Landsgemeinde* du 23 mars 1895. Dans le canton de Schwitz, la *Landsgemeinde* a été supprimée en 1848 (constitution, art. 152, 153, 175-178).

A l'époque moderne, le gouvernement direct ainsi compris reste tout à fait une exception. Au contraire, une part très considérable a été faite, en France à certaines époques et encore à l'étranger, à une forme atténuée du gouvernement direct, qu'on a quelquefois même appelée le gouvernement *semi-représentatif* (Esmein, *Revue du droit public,* 1895, I, p. 15), et qui consiste essentiellement dans le système du référendum. Les lois sont discutées et votées par un parlement; mais elles n'ont l'autorité de lois et ne peuvent s'imposer à l'obéissance des citoyens que lorsqu'elles ont été approuvées par le corps des citoyens directement consulté. Le référendum se distingue très nettement du plébiscite. Le référendum est une part faite au gouvernement direct; le plébiscite tend au contraire à établir un gouvernement représentatif. C'est l'acte par lequel le peuple délègue la souveraineté à un homme et le charge parfois, en outre, de faire une constitution. Le vote du 20 décembre 1851, chargeant le prince Louis-Napoléon de faire une constitution sur les cinq bases de la proclamation du 2 décembre, était un plébiscite et non un référendum.

Du référendum doit aussi être distingué le veto populaire, qui s'en rapproche cependant. Au cas de veto

populaire, la loi est votée par le parlement qui lui donne lui-même la force de loi ; mais dans un certain délai déterminé par la constitution, et sur une initiative dont l'exercice est aussi déterminé par la constitution, le peuple peut être directement consulté sur le point de savoir s'il ne s'oppose pas à l'application de la loi. Le veto populaire équivaut à ce qu'on appelle quelquefois le référendum facultatif.

Parfois on a usé de ce que l'on appelle le référendum consultatif. Ce n'est plus une loi faite que l'on soumet à la ratification populaire ; c'est une loi à faire dont on soumet le principe au peuple, pour éclairer le parlement et, si le principe de la loi est adopté, pour donner plus d'autorité à la loi qui sera faite. Enfin certains pays, notamment la Suisse, ont fait une part à l'initiative populaire : lorsqu'une proposition de loi réunit un certain nombre de signatures, le corps législatif est régulièrement saisi et doit délibérer sur la proposition due à l'initiative populaire.

Que faut-il penser de ces différents systèmes faisant une part au gouvernement direct du peuple? A mon estime, ils présentent de sérieux avantages. Assurément, le gouvernement direct pur est impraticable dans les grands pays modernes. On l'a dit et répété. Assurément aussi, un corps législatif composé d'hommes instruits et distingués est plus compétent pour discuter et voter les lois que le peuple lui-même. Mais je pense cependant que si le gouvernement direct véritable est impossible, le système du référendum peut être utilement pratiqué. Le but à atteindre est évidemment d'établir une concordance aussi complète que possible et permanente entre l'assemblée qui vote les lois et la volonté du corps des citoyens au moment où telle loi est votée. Or, le moyen qui paraît le plus simple pour réaliser cet objet, c'est de soumettre, toutes les fois

qu'il peut y avoir un doute sur cette concordance, le texte de la loi au corps des citoyens. La durée des législatures doit évidemment être de quelques années. La durée de quatre ans fixée par la loi française du 30 novembre 1875 (art. 15) paraît être heureusement choisie. Une durée plus courte rendrait très difficile le travail parlementaire. Et cependant quand un parlement est aux affaires depuis déjà trois années, par exemple, peut-on affirmer qu'il représente exactement la volonté des électeurs?

Esmein, qui dans ses *Éléments de droit constitutionnel* a écrit un véritable réquisitoire contre toutes les formes possibles du gouvernement direct, dit que le système est surtout mauvais parce que « l'on soumet au vote du peuple une loi tout entière, un bloc indivisible, que dans ces conditions le vote n'est plus libre, le votant étant souvent pris dans cette alternative ou de repousser une loi qu'il croit bonne dans son principe, à raison de telle disposition qu'il juge inadmissible, ou d'admettre cependant cette disposition pour ne pas repousser la loi tout entière ». Cela est exact; mais le membre du parlement qui doit voter sur l'ensemble d'une loi se trouve identiquement dans les mêmes conditions; cette situation n'est donc pas spéciale aux membres de l'assemblée du peuple à laquelle est soumise une loi. D'autre part, l'inconvénient signalé par Esmein ne me paraît pas suffisant pour faire écarter le système du référendum, qui, incontestablement, présente des avantages considérables. D'ailleurs, le moyen d'apprécier la valeur du référendum c'est de voir quels résultats il produit dans les pays où il fonctionne.

Cf. Duthoit, *Le suffrage de demain*, 1901; Delpech, *Revue du droit public*, 1905, p. 372; Klein, *Il referendum legislativo*, 1905; Schwartz, *Das Volksstimmenhaus, Zeitschrift de Grünhut*, 1906, p. 403; Esmein, *Droit constitutionnel*, 7e édit., 1921, I, p. 403 et s.

On sait que, d'après Rousseau, la représentation consti-

tuait véritablement une aliénation de la souveraineté et qu'un peuple n'était libre qu'à la condition qu'il votât lui-même ses lois. Rousseau ne proscrivait point les assemblées délibérantes composées des élus du peuple. Mais elles ne pouvaient, d'après lui, qu'arrêter un projet, lequel ne pouvait devenir loi que par le vote du peuple. Le passage est célèbre : « La souveraineté ne peut être représentée par la même raison qu'elle ne peut être aliénée. Elle consiste essentiellement dans la volonté générale, et la volonté générale ne se représente point; elle est la même ou elle est autre; il n'y a point de milieu. Les députés du peuple ne sont donc ni ne peuvent être ses *représentants;* ils ne sont que ses *commissaires;* ils ne peuvent rien conclure définitivement. *Toute loi que le peuple en personne n'a pas ratifiée est nulle : ce n'est point une loi.* Le peuple anglais pense être libre; il se trompe fort; il ne l'est que durant l'élection des membres du parlement; sitôt qu'ils sont élus, il est esclave, il n'est rien. »

Contrat social, liv. III, chap. xv; rapp. liv. II, chap. i. — Cf. Declareuil, *Des critiques touchant les régimes représentatif et parlementaire dans les œuvres politiques de J.-J. Rousseau*, 1 broch., Toulouse, 1912.

On a quelquefois cité un passage de l'*Esprit des lois* qui semblerait prouver que Montesquieu était aussi partisan du gouvernement direct : « Le peuple, qui a la souveraine puissance, doit faire par lui-même tout ce qu'il peut bien faire et ce qu'il ne peut pas bien faire, il faut qu'il le fasse par ses ministres » (Liv. II, chap. ii). Esmein (p. 408, note 363) fait justement observer que Montesquieu n'entendait point exprimer là un principe général, mais que dans ce chapitre intitulé *Du gouvernement républicain et des lois relatives à la démocratie*, il voulait seulement exposer le système des démocraties antiques qui ne connaissaient point le gouvernement représentatif. C'est en ce sens

qu'il disait plus loin : « C'est encore une loi fondamentale de la démocratie que le peuple seul fasse les lois. »

Malgré ces passages, on a parfaitement raison de considérer Montesquieu comme un adversaire du gouvernement direct et un partisan du gouvernement représentatif. Ce paraît bien être au célèbre chapitre VI du livre XI que Montesquieu a décrit, à propos de la constitution d'Angleterre, le mode de gouvernement qu'il considère comme le meilleur. Or on y lit : « Comme dans un État libre tout homme qui est censé avoir une âme libre doit être gouverné par lui-même, il faudrait que le peuple en corps eût la puissance législative; mais comme cela est impossible dans les grands États et est sujet à beaucoup d'inconvénients dans les petits, il faut que le peuple fasse par ses représentants tout ce qu'il ne peut faire par lui-même... » Et encore : « Il y avait un grand vice dans la plupart des anciennes républiques; c'est que le peuple avait droit d'y prendre des résolutions actives et qui demandent quelque exécution, chose dont il est entièrement incapable. Il ne doit entrer dans le gouvernement que pour choisir ses représentants, ce qui est très à sa portée. Car s'il y a peu de gens qui connaissent le degré précis de la capacité des hommes, chacun est pourtant capable de savoir, en général, si celui qu'il a choisi est plus éclairé que la plupart des autres. » Il est probable que si Montesquieu avait vécu au commencement du XXe siècle, il n'aurait pas écrit cette phrase; il aurait vu, en effet, que le peuple ne sait point choisir les plus éclairés, que dans ses choix il se décide souvent par des considérations tout à fait étrangères à la capacité de ceux qui sollicitent ses suffrages et que peut-être il serait plus apte à voter de bonnes lois qu'à choisir pour le représenter les plus éclairés et les plus dignes.

V. des idées analogues à celles de Montesquieu dans de Lôlme, *La constitution de l'Angleterre*, liv. II, chap. v, p. 252, Paris, 1919.

L'influence de Montesquieu était prépondérante à l'Assemblée nationale de 1789. Aussi voulut on organiser un gouvernement représentatif. « La constitution française est représentative » (Constitution de 1791, tit. III, préamb., art. 2). On ne fit aucune part au gouvernement direct. Ce n'est pas cependant que la proposition n'en ait pas été faite. Dès le mois de septembre 1789, Pétion, Rabaud Saint-Étienne, Dupont de Nemours proposent « que lorsque le *veto* du roi sera opposé, la loi elle-même soit soumise aux assemblées primaires, qui répondront par *oui* ou *non* ». Mais cette proposition ne fut point prise en considération (*Archives parlementaires*, 1re série, VIII, p. 571 et 573). Plus tard, le 30 août 1791, au moment où l'on procède à la revision et au vote définitif de la constitution, Malouet demande que la constitution qu'on vient de voter « soit soumise à l'acceptation libre de la nation ». Mais cela provoque une grande indignation dans l'assemblée. « Notre constitution, s'écrie Lechapelier, est acceptée par les quatre-vingt-dix-neuf centièmes de la nation et je ne dis pas assez » (*Ibid.*, XXX, p. 64).

Mais au contraire, à la Convention, les idées de Rousseau ont la prépondérance, et l'on veut faire une large part au gouvernement direct du peuple. D'abord il est un point sur lequel on est unanime, c'est que les lois constitutionnelles ne peuvent être votées définitivement par l'assemblée, qui ne peut faire qu'un projet, et qu'elles ne sont définitives qu'après avoir été soumises à l'approbation du peuple directement consulté. C'est ce procédé qui a été suivi par les conventions des États-Unis de l'Amérique du Nord ; l'exemple s'impose ; la France a elle aussi une convention ; la constitution qu'elle fera sera, comme les constitutions américaines, soumise à l'approbation du peuple.

C'est aussi la conséquence forcée du caractère qu'on

attribue à la constitution. Toujours sous l'influence décisive de Rousseau, on voit dans une constitution un véritable contrat social; les clauses de ce contrat peuvent être proposées par les élus du peuple; mais ce contrat ne peut être définitif que s'il est accepté par le peuple. Cette idée était peut-être vraie en Amérique où des États nouveaux se créaient, et où dès lors les constitutions pouvaient être considérées comme les pactes sociaux qui leur donnaient naissance. Mais il n'en était point ainsi en France; celle-ci existait comme État depuis des siècles; la loi constitutionnelle était une loi comme une autre, qui organisait le gouvernement; on pouvait lui donner plus de solennité, la voter dans des conditions particulières; mais si le référendum n'était pas nécessaire pour les lois ordinaires, il ne l'était pas davantage pour les lois constitutionnelles. Cependant l'idée de pacte constitutionnel était dans beaucoup d'esprits. Dès le 21 septembre 1792, Couthon disait à la Convention : « Nous sommes appelés de toutes les parties de l'empire pour rédiger un projet de contrat social; je dis projet, car je pense bien qu'il n'y aura qu'un vœu pour soumettre à la sanction du peuple toutes les dispositions de la constitution. » Le même jour Danton disait : « Il ne peut exister de constitution que celle qui sera textuellement, nominalement, acceptée par la majorité des assemblées primaires. » Et Cambon « rend hommage au grand principe développé par le citoyen Danton, à savoir que les représentants du peuple français n'ont d'autre pouvoir que de faire un projet de constitution » (*Moniteur*, Réimpression, XIV, p. 6 et 7). Le 21 septembre 1792, en effet, la Convention vote à l'unanimité la résolution suivante : « Il ne peut y avoir de constitution que celle qui est acceptée par le peuple. » Conformément à ce principe, les constitutions de 1793 et de l'an III furent soumises à l'approbation populaire.

La Convention ne se contente pas de déclarer que toute loi constitutionnelle doit être approuvée par le peuple; elle veut aussi, toujours sous l'influence de Rousseau, faire participer le peuple à la confection des lois ordinaires. Le comité qui prépare le projet de constitution connu sous le nom de *constitution girondine* reconnaît qu'il est impossible de soumettre toutes les lois à l'approbation populaire; mais il propose un système assez compliqué qui se résumait en un droit d'*initiative* et un droit de *veto* populaires.

Cf. le titre VIII du projet de constitution girondine intitulé : *De la censure du peuple sur les actes de la représentation nationale et du droit de pétition* (Duguit et Monnier, *Les constitutions de la France*, p. 55) ; et le rapport de Condorcet, *Moniteur*, Réimpression, XV, p. 456 et s.

On sait que le projet de constitution girondine, entraîné dans la chute de ses auteurs, ne fut jamais voté. La constitution montagnarde de 1793 voulut aussi assurer la participation du peuple à la confection des lois. Elle distingue les *décrets* et les *lois* et déclare que le corps législatif rend des décrets et propose des lois (art. 53) ; elle énumère les matières qui doivent faire l'objet des décrets (art. 54 et 55). La loi est proposée par le corps législatif et votée par le peuple : voilà le principe. Mais, en fait, la constitution de 1793 organise un *veto* populaire plutôt qu'un véritable référendum. Si quarante jours après l'envoi dans les communes de la loi proposée par le corps législatif, dans la moitié des départements plus un, le dixième des assemblées primaires de chacun d'eux n'a pas réclamé, le projet est présumé accepté et devient *loi*. S'il y a réclamation, le corps législatif convoque les assemblées primaires qui votent alors sur le texte de la loi (art. 58-60). La constitution de 1793 accordait aussi au peuple un certain droit d'initiative en matière de revision constitutionnelle : « Si, dans la moitié des départements plus un, le

dixième des assemblées primaires de chacun d'eux, régulièrement formées, demandent la revision de l'acte constitutionnel..., le corps législatif est tenu de convoquer toutes les assemblées primaires, pour savoir s'il y a lieu à une convention nationale » (art. 115). On sait que cette constitution de 1793 n'a point été appliquée.

Cf. Coste, *Le pouvoir législatif dans la constitution de 1793*, thèse Paris, 1909.

Depuis, on n'a jamais appliqué en France le système du référendum qu'en matière constitutionnelle. Mais il a été complètement déformé sous le consulat et le premier empire, et aussi en 1851 et 1852. L'article 6 de la constitution de 1852 et l'article 13 de la constitution de 1870 portaient que le président de la République d'abord, l'empereur ensuite, « est responsable devant le peuple auquel il a toujours le droit de faire appel ». Ni l'étendue de cette responsabilité ni la forme de cet appel au peuple n'étaient déterminées, et Napoléon III n'y eut point recours. Esmein fait observer qu'aucune limitation n'étant apportée à ce droit, Napoléon aurait pu, à propos d'une mesure quelconque, d'un conflit quelconque avec les chambres, s'adresser à la nation par un référendum consultatif.

L'Assemblée de 1871, entièrement dominée par l'idée de gouvernement représentatif, ne songea pas un instant à soumettre à un référendum les lois constitutionnelles qu'elle votait. La proposition lui en fut faite cependant, conformément à la tradition révolutionnaire, par M. Naquet (Séance du 28 janvier 1875, *Annales de l'assemblée nationale*, XXXVI, p. 338).

Les États-Unis sont en quelque sorte la terre classique des référendums constituants. Cependant, sur les treize États qui formèrent l'Union originairement, deux seulement, le Massachusetts (1778-1780) et le New-Hampsire (1779-1784), soumirent leur constitution à un

vote populaire. Mais on peut dire que c'est aujourd'hui un principe reconnu dans tous les États de l'Union américaine qu'en matière constitutionnelle le peuple doit être directement consulté. On peut résumer ainsi la pratique en général suivie dans les États américains. Pour la revision totale d'une constitution, le peuple doit être consulté sur le principe même de la revision ; et s'il le vote, la revision est faite par une convention et son œuvre soumise à un référendum. La revision partielle (les *amendements,* suivant l'expression américaine) est faite par la législature elle-même, mais elle doit être ratifiée par le peuple directement consulté.

Le référendum est aussi pratiqué dans certains États américains pour les lois ordinaires, notamment pour les lois financières et pour les lois électorales. La constitution du South-Dakota de 1898 a établi l'initiative populaire et le référendum facultatif pour toutes les lois.

En dehors des cas où les constitutions exigent ou permettent le référendum, certaines législatures ont essayé d'introduire le référendum de ratification. Les cours suprêmes de certains États ont déclaré ce référendum inconstitutionnel. Les législatures de beaucoup d'États pratiquent le référendum consultatif, c'est-à-dire consultent le peuple sur le principe même d'une loi avant de la voter. La constitutionnalité de ce procédé n'a point été contestée.

Pour la législation fédérale, le référendum n'est point pratiqué. La constitution fédérale elle-même n'a point été soumise à l'acceptation du peuple américain, mais seulement à l'acceptation des législatures des États. Aux termes de l'article 5 de la constitution, les amendements sont votés par une convention et entrent en vigueur lorsqu'ils ont été ratifiés par les législatures ou les conventions, suivant les cas, des trois quarts des États.

Cons. sur le référendum aux États-Unis, Oberholtzer, *The referendum in America*, 2e édit., 1900; Bryce, *La République américaine*, édition française, 1901, II, p. 73 et s.; Bushnell Hart, *Actual Government*, p. 78 et s.; *Popular legislation in the United-States*, par Lobingier; *The Value of the system*, par Sauborn, les deux articles dans *Political science quarterly*, décembre 1908, p. 577 et s.; Lobingier, *Peoples Law*, 1909; Samuel Robinson Honey, *The referendum*, 1912, avec une bibliographie étendue et des renseignements statistiques intéressants; G. Kennan, *The direct rule of the people*, dans *North american Review*, août 1913.

Le tome XLIII, septembre 1912, des *Annals of American Academy of political science*, contient une série d'études sur le référendum.

Le droit constitutionnel de la Suisse et des cantons fait une large place au référendum et à l'initiative populaire. La constitution suisse du 20 mai 1802 a été proposée par une assemblée de notables et votée par le peuple. Aux termes de la constitution fédérale de 1848, toute constitution nouvelle, toute modification à la constitution doit être approuvée par le peuple. De plus, le peuple reçoit un certain droit d'initiative en matière constitutionnelle. Le peuple sert d'arbitre lorsqu'un conflit s'élève entre les deux parties de la législature fédérale sur le principe de la revision.

D'autre part, depuis 1891, la revision peut avoir lieu par la voie de l'initiative populaire, qui consiste en une demande présentée par 50.000 citoyens suisses, ayant droit de vote. La demande peut revêtir la forme d'une proposition conçue en termes généraux ou celle d'un projet rédigé. Si les chambres adoptent ce projet, elles le votent et le soumettent au référendum. Si elles ne l'acceptent pas, la question de revision partielle est soumise à la votation populaire. Si la revision est votée, l'assemblée fédérale y procède en se conformant au vote populaire (art. 118, 119 et 129 de la constitution suisse revisée en 1891).

Pour les lois fédérales non constitutionnelles, le réfé-

rendum est seulement facultatif; elles doivent être soumises au vote du peuple si la demande en est faite par 30.000 citoyens ou par huit cantons (Constitution suisse de 1874, art. 89, et Loi fédérale du 17 juin 1874).

Pour les cantons, le référendum est devenu le droit commun et M. Keller a pu écrire : « Le pouvoir législatif du peuple est en vigueur aujourd'hui dans tous les cantons suisses, à l'exception de Fribourg, sous la forme de référendum obligatoire ou facultatif. »

Dans l'exercice de son pouvoir législatif et particulièrement de son droit d'initiative, le peuple suisse a montré en général une remarquable sagesse et parfois une indépendance et une énergie dignes d'éloges. On ne peut pas ne pas rappeler que la proposition d'interdiction de l'absinthe est due à l'initiative populaire. Le principe en a été approuvé par un vote populaire le 5 juillet 1908. Il est devenu l'article 32 *ter* de la constitution, qui a été mis en œuvre par la loi du 24 juin 1910. Il convient de rappeler aussi que c'est par un référendum que la Suisse a décidé son entrée dans la Ligue des nations. Elle a été votée le 16 mai 1920 par 415.000 oui et 11 cantons et demi contre 323.000 non et 10 cantons et demi.

Sur l'interdiction de l'absinthe, cf. Sécrétant, *Revue politique et parlementaire*, septembre 1908; *Feuille fédérale suisse*, 31 août 1910.

Sur le référendum en Suisse, outre le livre déjà cité de Curti, *Geschichte der schweizerischen Volksgesetzgebung*, cons. Curti, *Le référendum*, édition française, 1905; Keller, *Das Volksinitiativ*, 1889; Muller, *Ein rein democratische Republica*, 1908; Curti, *Der Veltgang des referendum*, *Archiv des öffentlichen Rechts*, XXVIII, 1911, p. 1; Deploige, *Le référendum en Suisse*, 1892.

La constitution allemande de 1919 (art. 73) a institué le référendum facultatif et l'initiative populaire. Le référendum peut être mis en œuvre par le président du Reich ou demandé par les électeurs. Dans le délai d'un mois après le vote d'une loi par le Reichstag, le prési-

dent peut décider que la loi sera soumise à l'approbation populaire. D'autre part, lorsqu'un tiers des membres du Reichstag demandent l'ajournement de la publication d'une loi, si le vingtième des électeurs demandent le référendum, la loi doit être soumise au vote du peuple.

Enfin, le dixième des électeurs peuvent exiger le dépôt d'un projet de loi par le gouvernement. Si le Reichstag vote le projet sans modification, il n'y a pas lieu à consultation populaire. Mais s'il le modifie ou le rejette, le projet de loi doit être soumis au peuple. Seules la loi du budget, les lois d'impôt et les lois sur les traitements publics ne peuvent être soumises au référendum que par le président d'Empire.

Par le jeu de l'article 74 de la constitution, le président du Reich a un moyen de vaincre la résistance du conseil d'Empire qui opposerait son veto à une loi votée par le Reichstag. Si celui-ci vote une deuxième fois la loi à laquelle le conseil d'Empire a opposé son veto, le président peut, dans les trois mois, soumettre au référendum la loi votée par le Reichstag. Autrement la loi n'est obligatoire que si elle a été votée par les deux tiers du Reichstag.

Sur l'électorat et le vote populaire en Allemagne, cons. Heinrich von Jan, *Wahlrecht und Volksabstimmungen, Jahrbuch des öffentlichen Rechts,* 1921, p. 177 et s.

La constitution de la République prussienne du 30 novembre 1920 a fait elle aussi une part à l'initiative populaire. Elle peut avoir pour but : 1° de modifier la constitution ; 2° d'édicter, de modifier ou d'abroger les lois ; 3° de dissoudre le Landstag. L'initiative populaire n'est recevable que lorsqu'elle réunit, dans les cas n° 1 et n° 3, le cinquième des électeurs, et dans le cas n° 2, le vingtième. Le gouvernement doit soumettre immédiatement l'initiative populaire au Landstag en donnant son avis. Un référendum doit avoir lieu à la

suite d'une initiative populaire, à moins que le Landstag lui ait donné satisfaction. Le référendum n'est valable que si la moitié des électeurs y prend part. Les propositions tendant à la modification de la constitution ou à la dissolution du Landstag doivent obtenir pour être adoptées la majorité des voix des électeurs; dans les autres cas, la majorité des suffrages exprimés suffit (Constitution prussienne du 30 novembre 1920, art. 6).

La constitution fédérale autrichienne du 1er octobre 1920 a fait elle aussi une large part au référendum. Aux termes de l'article 44, § 2, toute modification de l'ensemble de la constitution doit être, avant sa promulgation par le président de la Fédération, soumise à l'approbation du peuple entier de la Fédération par un référendum. Il en est de même de toute modification partielle quand le référendum est demandé par un tiers des membres du conseil national ou du conseil fédéral.

D'après l'article 43, toute décision législative du conseil national doit être soumise à un plébiscite avant sa promulgation par le président de la Fédération quand le conseil national en décide ainsi ou quand la majorité des membres du conseil national le demande.

La constitution autrichienne institue aussi l'initiative populaire. L'article 41 est ainsi conçu : « Les projets de loi parviennent au conseil national sous forme de propositions faites soit par un de ses membres, soit par le gouvernement fédéral. Le conseil fédéral peut déposer des projets de loi devant le conseil national par l'intermédiaire du gouvernement fédéral. Toute initiative signée de 200.000 électeurs ou de la moitié des électeurs dans trois pays doit être présentée par l'intermédiaire du gouvernement fédéral au conseil national pour y être discutée selon les prescriptions du gouvernement. L'initiative populaire doit être présentée sous forme de projet de loi. »

Enfin, à l'article 46 de la constitution autrichienne, on lit : « La façon de procéder à un référendum et à l'initiative populaire est réglée par une loi fédérale. Sont électeurs tous les citoyens de la Fédération qui sont électeurs aux élections du conseil fédéral. »

On trouvera la traduction complète de la constitution autrichienne du 1er octobre 1920 dans la *Revue du droit public*, 1921, p. 260.

De l'exposé qui précède il résulte que l'intervention du peuple en matière législative par voie de référendum a une tendance certaine à gagner du terrain. Chose curieuse, le référendum est à la fois prôné par des radicaux et des conservateurs. La chose s'explique si l'on remarque, d'une part qu'il est théoriquement l'application logique des principes démocratiques, et d'autre part qu'en Suisse et en Amérique il a eu pour résultat d'arrêter des lois à tendances avancées. Ainsi le système du référendum aurait ce double avantage d'assurer l'application des principes démocratiques et de former un contrepoids aux réformes parfois téméraires des parlements. On dit, il est vrai, que si le référendum n'a pas fait beaucoup de mal, il a empêché beaucoup de bien (Esmein, p. 439). Il faudrait le démontrer ; il me semble qu'on ne le fait point en citant quelques projets de lois qui ont été repoussés, comme le projet de loi sur la diplomatie en 1895. Il faudrait établir qu'en effet tel ou tel projet de loi repoussé aurait été d'une très grande utilité. On est plus dans le vrai quand on dit que le peuple suisse lui-même paraît se désintéresser de ces votes continuels, et qu'en France il en serait de même, que le système du référendum, s'il était appliqué, n'aurait d'autre résultat que de provoquer des luttes bruyantes et de faire le jeu des politiciens de village. C'est possible, mais c'est une critique de nos mœurs politiques et point de l'institution que je persiste à considérer comme bonne en soi.

En France, actuellement, sous l'application des lois constitutionnelles de 1875, le parlement pourrait-il constitutionnellement décider qu'une loi votée par lui sera soumise au référendum? La question s'est posée en 1901 pour la loi sur les associations. Le 29 mars 1901, M. Cunéo d'Ornano faisait la proposition suivante : « Avant sa promulgation comme loi de l'État, la présente loi sera soumise au peuple par voie de référendum, conformément aux articles 19 et 20 de la constitution du 24 juin 1793. » La proposition fut repoussée comme inconstitutionnelle par la question préalable (*J. off.*, 30 mars 1901, Chambre, p. 1032).

J'estime que cette proposition était, en effet, inconstitutionnelle et que le parlement violerait la constitution en ordonnant un référendum de ratification. Les auteurs de la proposition de référendum disaient : Assurément, les lois constitutionnelles de 1875 ne parlent pas du référendum; mais elles ne l'interdisent point; tout ce qui n'est pas défendu est permis; rien ne s'oppose donc constitutionnellement à ce que le parlement ordonne un référendum de ratification. A cela je réponds : Sans doute la constitution ne prohibe pas expressément le référendum, mais elle décide (L. const. 25 février 1875, art. 1er, § 1) que « le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées, la chambre des députés et le sénat ». Or, en décidant que le texte d'une loi sera soumis à la ratification populaire, le parlement décide que le pouvoir législatif sera exercé par le parlement et par le corps des citoyens; il viole donc directement l'article 1er, § 1, de la loi constitutionnelle du 25 février 1875. Le raisonnement, au point de vue logique, me paraît sans réplique. On ne s'étonnera pas qu'Esmein, qui est opposé à toute forme de participation populaire à la confection des lois, donne la même solution (7e édit., p. 443).

Mais au contraire j'estime que l'une des chambres et assurément le parlement pourraient ordonner un référendum consultatif, c'est-à-dire décider que le corps électoral sera consulté sur le principe de tel projet de loi, la liberté des chambres restant d'ailleurs entière en droit.

Étant donnée la conception que je me forme de la représentation (cf. § 33), je crois que tous les procédés propres à assurer la conformité exacte et constante de la volonté parlementaire à la volonté du corps des citoyens sont excellents et conformes à l'essence même du régime représentatif, que ces procédés devraient être consacrés par nos lois constitutionnelles et peuvent être régulièrement et utilement pratiqués quand ils ne sont pas interdits par la constitution.

On ne comprend pas pourquoi et comment on peut interdire aux chambres de s'éclairer par tous les moyens qu'elles jugent à propos sur le véritable état de l'opinion publique. Il n'est pas douteux qu'elles peuvent très constitutionnellement ordonner des enquêtes. Pourquoi, dès lors, ne pourraient-elles pas ordonner une consultation populaire? Ce qu'elles ne peuvent pas faire, c'est se dessaisir du pouvoir législatif qui leur est conféré par la constitution. Mais en ordonnant un référendum préalable et consultatif, elles conservent dans sa plénitude le pouvoir législatif, puisqu'elles ne seront point liées par la réponse populaire et que la loi ne sera loi que par le vote du parlement, qui seul et à lui seul donne au texte force de loi.

Esmein (7e édit., p. 443) enseigne la solution contraire, mais sans donner une raison sérieuse et sans répondre au raisonnement qui précède. Je maintiens mon opinion malgré l'avis contraire d'Esmein, et malgré la déclaration de M. Brisson qui, avec son autorité de président de la chambre des députés, disait, le 15 décem-

bre 1908, qu'une proposition tendant à consulter le peuple « est directement contraire aux lois constitutionnelles qui déclarent que le pouvoir législatif s'exerce par deux chambres ».

En conséquence étaient parfaitement constitutionnelles, quoique le gouvernement ait prétendu et la chambre décidé le contraire, les propositions faites à plusieurs reprises et tendant à ce que la chambre ordonne, avant de voter une loi, un référendum consultatif sur le principe inscrit dans cette loi. C'est ainsi, par exemple, que la chambre des députés a eu le tort de repousser par la question préalable, d'accord avec le gouvernement, le 3 juillet 1905, la proposition Raiberti demandant le retrait de l'urgence sur le projet de loi de séparation des Églises et de l'Etat pour qu'il puisse être procédé à un référendum consultatif; le 15 décembre 1908, la proposition de M. Archimbaud tendant à soumettre au référendum la question du relèvement à 15.000 francs de l'indemnité parlementaire; le 16 juin 1913, la proposition de M. Vaillant tendant à consulter le pays sur le principe du service de trois ans; le 30 janvier 1914, la proposition de M. Pugliesi tendant à consulter la nation sur le principe de la réforme électorale. Cette dernière proposition souleva une très vive discussion. Jaurès déclara que ses amis et lui voteraient contre la question préalable; elle fut néanmoins adoptée par 385 voix contre 164.

Sur le référendum, outre les auteurs déjà cités, on peut consulter Signorel, *Étude de législation comparée sur le référendum législatif*, 1896; Delpech, *Revue du droit public*, 1905, p. 372; Raiberti, Discours à la chambre des députés, 3 juillet 1905, *J. off., Déb. parl.*, chambre, 1905, p. 1680; Perossi, *Il referendum e la doctrina giuridica*, 1911, compte rendu dans *Rivista diritto publico*, 1912, 1re partie, p. 324. On trouvera beaucoup de détails sur les États-Unis, la Suisse, l'Angleterre, et une bibliographie très complète dans Esmein, *Droit constitutionnel*, 7e édit., publiée

par Nézard, 1921, I, p. 402 et s. Rapp. un article assez ancien d'Esmein, *Le gouvernement semi-représentatif, Revue du droit public,* 1895, I, p. 15 et s.

§ 39. — *Le gouvernement représentatif.*

Dans la plupart des pays modernes, le corps des citoyens désigne des individus qui exercent les fonctions étatiques. Suivant l'expression aujourd'hui consacrée, le gouvernement est représentatif.

A un point de vue tout à fait général, il y a représentation toutes les fois que les manifestations d'une volonté sont considérées comme ayant la même valeur et produisant les mêmes effets que si elles émanaient d'une autre volonté. Dans les rapports privés s'est lentement élaborée une théorie juridique de la représentation sous l'influence des besoins pratiques. Un acte juridique fait par un représentant produit les mêmes effets de droit que s'il était fait par le représenté. Cette représentation se produit soit qu'il y ait mandat, gestion d'affaire ou constitution d'organe juridique, soit que la représentation ait été créée par la loi. Habituellement le représentant a charge d'une certaine responsabilité envers le représenté. Cette responsabilité n'a pas pour cause la représentation en soi, mais le rapport de droit contractuel ou légal existant entre le représentant et le représenté.

Dans les rapports politiques modernes, l'idée de représentation se résume en ceci : les manifestations de volonté émanant de certains individus ou de certains groupes d'individus ont la même force et produisent les mêmes effets que si elles émanaient directement du corps des citoyens. Mais, de même que dans les rapports privés on a cherché et trouvé derrière la représentation un rapport de droit légal ou conventionnel,

mandat, gestion d'affaire, de même, dans les rapports publics, on a aussi cherché un rapport de droit, une situation juridique subjective. J'ai déjà montré (§ 33) qu'on avait fait fausse route, qu'il fallait y voir seulement un fait de solidarité sociale donnant naissance à des situations objectives. Je n'y reviendrai pas.

On dit assez souvent que la représentation politique est un fait propre à l'époque moderne. Cela n'est pas exact. Il n'y a de propre à notre époque que les constructions juridiques plus ou moins artificielles qu'on a essayé de faire de la représentation politique. L'idée de la représentation n'était point inconnue de l'antiquité grecque et romaine. Sans doute la loi est votée directement par l'assemblée du peuple. Mais partout où l'intervention directe du peuple est exclue par la nature des choses, apparaît la conception de la représentation. Les actes des magistrats sont considérés, indépendamment de toute théorie juridique, comme des actes du peuple. Cette représentation du peuple par ses magistrats apparaît surtout d'une manière très nette au moment de l'établissement du principat que Mommsen caractérise ainsi : « Comme la république antérieure, le principat se fonde sur la souveraineté du peuple. Les pouvoirs de l'État n'exercent pas un droit propre ; ils exercent tous par représentation les droits du peuple ; le prince lui-même n'est rien de plus qu'un magistrat » (*Droit public romain*, édition française, 1895, V, p. 6).

L'idée dominante est bien celle-ci : l'empereur reçoit de la *lex regia* un mandat à lui donné par le peuple et devient ainsi le *représentant* du peuple. Quand les comices ne se réunissent plus, le sénat acquiert lui aussi un rôle représentatif qui est indiqué dans le texte bien connu de Pomponius : « Deinde quia difficile plebs convenire cœpit... necessitas ipsa curam reipublicæ ad

senatum deduxit. » (L. 2, § 9, D., *De origine juris*, I, 2; Rapp. *Instit.*, I, II, 5). L'idée de représentation apparaît aussi dans le caractère de certains magistrats, notamment du préfet du prétoire et des présidents de province, dont les actes sont considérés comme émanant de l'empereur (Ulpien, L. 1, pr. D., *De officio procuratoris Cæsaris*, I, 19). Cf. Mommsen, *Droit public romain*, édition française, 1895, V, 429. Juristes avant tout, les Romains rattachèrent cette représentation au contrat de mandat; et ils créaient ainsi cette théorie du mandat de droit public qui devait occuper une place si grande, trop grande à mon estime, dans le droit public moderne.

Au moyen âge, l'idée de représentation du pouvoir politique disparaît. On a voulu voir cependant dans les assemblées réunies par les chefs germaniques, et par les rois francs ensuite, les origines lointaines des parlements modernes (Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. XI, chap. VIII). Il n'en est rien. Les assemblées dont parle Tacite (*Germania*, chap. XI) paraissent avoir été des assemblées générales du peuple exerçant véritablement un gouvernement direct. Quant aux assemblées réunies par les premiers rois mérovingiens, elles ne paraissent avoir été que des revues militaires. A la fin de l'époque mérovingienne et sous les Carolingiens, existent des *placita* où les grands laïques et ecclésiastiques viennent avec une foule d'hommes. Venir au *placitum* est pour eux une obligation et non pas un droit. Les évêques et les comtes forment un conseil consultatif du roi; on ne consulte point la foule. Du jour où les évêques et les comtes deviennent indépendants, ces réunions changent de caractère naturellement; le roi, au lieu de les consulter, traite avec elles. Dans tout cela, on ne voit aucune trace d'un système représentatif.

Fustel de Coulanges, *La monarchie franque*, 1888, p. 63 et s.;

Les transformations de la royauté pendant l'époque carolingienne, édition Jullian, 1892, p. 356 et s.; Esmein, *Cours d'histoire du droit français*, 2e édit., 1895, p. 73.

Les éléments d'un régime représentatif n'apparaissent qu'au moment où se constitue en Angleterre le parlement et où en France se régularise l'institution des états généraux. Comme type de réunion des états généraux, on peut citer celle de Tours de 1484, où on affirme que la puissance souveraine réside dans le peuple, le peuple *donateur du pouvoir*, suivant l'énergique expression de Philippe Pot; le peuple, ce sont les états généraux; ils peuvent désigner le roi, qui n'est au fond que le délégué du peuple exprimant sa volonté par la voix des états (*Journal de Jean Masselin*, discours de Philippe Pot, *Documents inédits de l'histoire de France*, 1835, p. 149).

Toutefois, la notion d'une représentation de la nation entière par des états généraux constitués en assemblée une et nationale n'est point entrée dans les esprits; elle ne sera comprise et réalisée qu'en 1789. Les états généraux sont une assemblée des représentants des trois ordres de la nation; chacun de leurs membres représente uniquement le collège électoral qui l'a élu; il est lié par les instructions que lui a données ce collège, auquel il doit rendre compte. Il y a bien représentation, mais pas telle que nous la comprenons aujourd'hui.

L'Angleterre est certainement arrivée plus tôt que la France à la conception moderne de la représentation politique, bien que celle-ci n'ait jamais eu et n'ait pas même encore aujourd'hui, au delà de la Manche, le caractère que lui donne notre droit public. Dès le XVIe siècle, le parlement, comprenant la chambre des communes et l'assemblée des pairs laïques et ecclésiastiques, devient un organe supérieur du pays tout entier. L'ancienne conception, d'après laquelle les comtés, les

villes, les bourgs sont représentés séparément par des députés, disparaît. Et Blackstone peut écrire au XVIIIe siècle : « L'assemblée des pairs laïques et ecclésiastiques, unie aux communes, forme maintenant le *regnum;* et ainsi le membre particulier du parlement est une partie de la représentation de l'empire; sa volonté n'est pas la volonté de la collectivité qui l'a élu, mais un élément de volonté de tout l'empire » (Blackstone, *Commentaires,* édition française, 1822, I, p. 253).

Il faut ajouter que, depuis le XVIIIe siècle, en droit pur, le parlement anglais comprend non seulement la chambre des lords et la chambre des communes, mais aussi le roi. Le parlement ainsi compris est souverain en ce sens qu'il a le droit de faire ou de ne pas faire une loi quelconque et « que la loi anglaise ne reconnaît à aucun homme ni à aucun corps le droit d'écarter ou de négliger les lois faites par le parlement ».

Dicey, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel,* édition française, 1902, p. 35 et 36; Esmein, *Droit constitutionnel,* 7e édit., 1921, I, p. 70 et s.; Lawrence Lowel, *Public opinion and popular government,* New-York, 1913; Austin Ogg, *The governants of Europa,* New-York, 1913; Tezner, *Die Volksvertretung,* 1912; Rieker, *Die rechtliche Natur der modernen Volksvertretung,* 1893.

En France, en 1789 et 1791, s'est formée une théorie juridique de la représentation politique qui est encore celle de notre droit public et qui doit être exposée. La question de la représentation ne se pose pas seulement pour les assemblées politiques élues, mais aussi pour les assemblées non élues, pour les chefs d'État électifs ou héréditaires. Mais c'est spécialement et principalement en vue des assemblées politiques élues qu'a été élaborée, dans le droit positif français, une théorie juridique de la représentation fondée sur l'idée de mandat, et tirée directement de la conception de la nation personne.

D'après cette théorie, la nation est une personne titu-

laire de la souveraineté ; elle donne mandat à une autre personne, le parlement, de l'exercer en son nom. Il y a un véritable mandat ; les deux sujets du mandat sont : la nation, d'une part, qui est le mandant ; le parlement, d'autre part, qui est le mandataire. L'effet de ce mandat sera de produire une représentation, de telle sorte que la manifestation de volonté émanée du parlement sera comme si elle émanait de la nation et produira les mêmes effets. La souveraineté n'est point répartie entre les membres de la nation, ni entre les diverses circonscriptions qui nomment les députés ; elle n'est pas davantage répartie entre les membres du parlement. C'est le parlement tout entier, formant une personne juridique, qui reçoit mandat d'exercer cette souveraineté au nom de la nation tout entière.

Dans la théorie de 1789-1791, qui est encore celle de notre droit constitutionnel écrit, il importe de le noter, il y a bien véritablement un mandat. Souvent on dit : la représentation politique, comprise à la manière française, n'est pas un mandat. Esmein écrit lui-même : « C'est autrement que s'analyse le gouvernement représentatif. L'emploi du mot mandat en cette matière est un accident, qui a singulièrement contribué à troubler les idées » (7e édit., I, p. 315). Cf. *Discussion* à l'Académie des sciences morales et politiques, 1889, *Séances et travaux,* CXXXI, 1889, p. 297 et s. Esmein ajoute que le mot mandat est une survivance de l'ancien mandat donné effectivement à leurs délégués aux états généraux par les trois ordres des différents bailliages.

Assurément, l'Assemblée de 1789 voulait abolir les principes qui présidaient à la nomination des députés aux états généraux et déterminaient leur caractère. Mais il n'est pas exact de dire que le mot mandat n'était pas adéquat à l'institution nouvelle. Ce que l'on supprimait, c'était seulement les mandats particuliers

donnés par chaque circonscription électorale à ses députés. On ne faisait point disparaître la notion de mandat politique; seulement, désormais, un seul mandat est donné par la nation une et indivisible à une assemblée une et indivisible. Le gouvernement représentatif, tel qu'on l'entendait en 1789-1791, tel que nos constitutions postérieures l'ont accepté et organisé, tel qu'il a été reçu dans la plupart des pays civilisés, repose certainement sur une idée de mandat. Dire, comme Esmein (p. 316), que le député élu ne tient pas ses pouvoirs de ses électeurs, c'est formuler une proposition, sinon inexacte, du moins imprécise. Sans doute, le député ne reçoit pas un mandat de la circonscription qui le nomme, mais le parlement, lui, acquiert ses pouvoirs de la nation qui l'élit; le parlement est le *mandataire représentatif* de la nation.

Aussi bien cette notion d'un mandat donné par la nation à l'assemblée ne fut point admise sans quelques discussions, desquelles ressort très nettement la pensée de la constituante. Dans la séance du 5 septembre 1789, Pétion formule la doctrine du mandat impératif : « Les membres du corps législatif, dit-il, sont des mandataires; les citoyens qui les ont choisis sont des commettants; donc ces représentants sont assujettis à la volonté de ceux de qui ils tiennent leur mission et leurs pouvoirs. Nous ne voyons aucune différence entre ces mandataires et les mandataires ordinaires; les uns et les autres agissent au même titre; ils ont les mêmes obligations et les mêmes devoirs » (*Archives parlementaires*, 1re série, VIII, p. 582).

Cette doctrine ne triomphe point; et c'est la théorie de Sieyès qui l'emporte. Mais celui-ci se garde bien de dire qu'il n'y a pas de mandat; au contraire, il y a un mandat; mais ce mandat, « c'est le vœu national ». Si le député ne peut pas recevoir un mandat de la cir-

conscription qui le nomme, c'est qu'il est le député de la nation tout entière, et qu'une circonscription qui lui donnerait un mandat spécial usurperait les droits de la nation seule souveraine, de qui seule peut émaner le mandat. « Un député, déclare Sieyès, l'est de la nation entière; tous les citoyens sont ses commettants; or, puisque dans une assemblée bailliagère vous ne voudriez pas que celui qui vient d'être élu se chargeât du vœu du petit nombre contre le vœu de la majorité, vous ne devez pas vouloir, à plus forte raison, qu'un député de tous les citoyens du royaume écoute le vœu des seuls habitants d'un bailliage ou d'une municipalité contre le vœu de la nation entière. Ainsi il n'y a et ne peut y avoir pour un député de mandat impératif ou même de vœu positif que le *vœu national* » (*Archives parlementaires*, 1re série, VIII, p. 583).

Qu'on ne dise donc pas, après cela, que le système représentatif compris à la manière de 1789-1791 exclut l'idée de mandat; au contraire, il repose tout entier sur elle. Seulement, le mandat est donné, non par la circonscription électorale au député qu'elle élit, mais par la nation entière à l'assemblée qui est élue par elle; et celle-ci représente la nation, c'est-à-dire qu'en vertu du mandat qu'elle reçoit, la volonté qu'elle exprime est considérée comme étant la volonté même de la nation.

Cette théorie de la représentation est souvent appelée théorie du *mandat représentatif*. Elle implique que le député n'est pas le mandataire de la circonscription qui l'a élu, laquelle n'est faite que par suite de l'impossibilité matérielle d'établir pour le pays entier un seul collège électoral. Si le député était mandataire de sa circonscription et lié par les instructions qu'elle lui donne, elle imposerait sa volonté à la collectivité tout entière dont le député est chargé d'exprimer la volonté.

Toutes les instructions données par une circonscription à un député sont donc nulles et non avenues; et le député ne serait point lié par une démission donnée d'avance en blanc à ses électeurs. C'est la prohibition du *mandat impératif*.

Ces conséquences de la théorie du mandat représentatif sont formulées dans plusieurs textes de nos constitutions et de nos lois politiques. A l'article 7 de la section III du chapitre I du titre III de la constitution de 1791, on lit : « Les représentants nommés par les départements ne seront pas représentants d'un département particulier, mais de la nation entière et il ne pourra leur être donné aucun mandat. » La même disposition se retrouve dans les articles 34 et 35 de la constitution de 1848. Et l'article 13 de la loi du 30 novembre 1875, loi organique de la chambre des députés dont les principes sont encore en vigueur, porte : « Tout *mandat impératif* est nul et de nul effet. » Ce texte implique que le législateur de 1875 a adopté la théorie de la représentation qu'on vient d'exposer.

La disposition de l'article 13 de la loi du 30 novembre 1875 est interprétée en ce sens que l'acceptation d'un mandat impératif par un député et même la signature de la démission donnée en blanc avant l'élection n'annulent point l'élection. Mais le député n'est point lié par les instructions qui lui auraient été données avant l'élection et qu'il aurait formellement acceptées, et le président de la chambre ne doit point tenir compte de la démission qui lui serait envoyée par les électeurs et que le député aurait signée en blanc avant l'élection.

En 1888, M. Cluseret avait été élu dans le département du Var avec mandat impératif. Au moment de la vérification des pouvoirs de ce député, la question du mandat impératif pouvait se poser; la chambre ne l'examina même pas et valida l'élection. Deux députés de Paris, M. Dejante et M. Groussier, avaient remis leurs démissions en blanc à leurs comités avant les élections

générales de 1893. Ces démissions furent envoyées par les comités en 1896 au président de la chambre des députés, lequel déclara très justement qu'il considérait ces démissions comme non avenues.

V. sur tous ces points, Dandurand, *Le mandat impératif*, 1896; Briol, *Du mandat législatif*, 1905; Bouchet, *La conception de la représentation dans la constitution de 1875 et ses déviations postérieures* (thèse, Dijon, 1908; Errera et Parodi, échange d'observations, *Libres entretiens*, n° 24 octobre 1909.

Beaucoup de constitutions et de lois électorales étrangères contiennent des dispositions analogues à celles du droit français. Je citerai, par exemple, l'article 2 de la constitution allemande de 1919 : « Les députés sont représentants du peuple entier. Ils ne relèvent que de leur conscience et ne sont liés par aucun mandat »; l'article 32 de la constitution belge de 1831, revisée en 1892-1893 et en 1919-1921 : « Les membres des deux chambres représentent la nation et non uniquement la province ou la subdivision de province qui les a nommés »; l'article 91 de la constitution suisse de 1874 : « Les membres des deux conseils votent sans instructions »; l'article 56 de la constitution autrichienne de 1920 : « Les membres du conseil national et du conseil fédéral ne peuvent être liés par aucun mandat ». La plupart des lois électorales ou des constitutions des États de l'Union américaine prohibent le mandat impératif. En Angleterre, il n'y a pas de texte; mais c'est une règle essentielle, de l'avis des jurisconsultes anglais, que les députés ont une entière indépendance, une liberté absolue, et, à la fin du XVIIIe siècle, Blackstone écrivait déjà : « Chaque membre, quoique choisi par un district particulier, une fois élu, est représentant pour tout le royaume » (*Commentaires*, édition française, 1822, I, p. 227).

De ce que le député n'est pas lié par les instructions ou le mandat que lui auraient donnés ses électeurs, il ne faut pas cependant conclure, comme le fait Esmein

(p. 340), que « dans les limites des attributions qui leur sont conférées, les députés sont appelés à décider librement, *arbitrairement,* au nom du peuple qui est censé vouloir par leur volonté et parler par leur bouche. » Sans doute, le député en droit ne doit aucun compte aux électeurs de la circonscription qui l'a nommé; cette circonscription n'a aucun droit; lui en reconnaître, ce serait contraire au principe même de la souveraineté nationale une et indivisible. Mais l'assemblée tout entière doit rendre compte au corps électoral tout entier du mandat qu'elle a reçu. C'est l'idée de mandat qui est le fondement même de la théorie française du régime représentatif. Les députés ne peuvent donc pas décider arbitrairement parce que l'assemblée qu'ils composent doit décider conformément au mandat qu'elle a reçu de la nation, « conformément au vœu national », suivant l'expression de Sieyès. Les élections générales, qui doivent avoir lieu à des époques assez rapprochées, ont précisément pour but de permettre à la nation d'apprécier la manière dont les représentants ont exécuté le mandat qu'elle leur avait donné. Comme on l'a déjà dit (§ 33), les institutions qui ont pour but de garantir dans la mesure du possible la correspondance exacte des votes du parlement à la volonté du corps des citoyens sont en principe excellentes et forment le complément nécessaire du régime représentatif. Le référendum est une de ces institutions. Il en est de même de la dissolution du parlement par le chef de l'État, laquelle permet au peuple de dire si le parlement s'est conformé au mandat donné.

Le corps électoral ne peut exprimer sa volonté que par la majorité qui se forme dans les diverses circonscriptions électorales. En droit, je le veux bien, les circonscriptions électorales ne sont rien; en fait, on ne peut pas s'en passer; et c'est dans les circonscriptions

électorales que les opinions se forment, que les solutions se donnent et que les élections se font. Par là naissent des relations plus intimes entre les députés et leurs circonscriptions respectives. En droit, les députés sont les représentants du pays tout entier; c'est la chambre entière qui reçoit un mandat du pays tout entier. En fait, par la force même des choses, des liens particulièrement étroits unissent les députés à leurs circonscriptions. Ces liens deviendront de plus en plus forts à mesure que les partis s'organiseront plus complètement, et surtout avec le système de la représentation proportionnelle.

La reconnaissance de ces relations particulièrement étroites entre le député et sa circonscription se concilie d'ailleurs très bien avec le système du mandat représentatif tel qu'il me paraît résulter des lois françaises; mais elle est inconciliable avec le système du mandat représentatif tel que l'expose Esmein. Une théorie juridique qui méconnaît aussi complètement des faits patents est par là même condamnée. Toute théorie juridique qui ne s'adapte pas exactement aux faits est sans valeur. Il faut ajouter qu'avec la théorie qui soutient que le député est complètement indépendant de ses électeurs, on ne peut expliquer la pratique qui est suivie en France et à l'étranger et d'après laquelle le vote des députés a lieu au scrutin public, afin que leurs électeurs connaissent le sens de leur vote et puissent, s'il y a lieu, leur demander des explications. Cette pratique est trop générale pour qu'on y puisse voir une simple exception aux véritables règles du régime représentatif.

De la théorie du mandat représentatif on conclut souvent que les députés sont de véritables fonctionnaires et seulement des fonctionnaires. Il est difficile de donner une autre solution. Cependant ces fonctionnaires sont

dans une situation bien particulière. En effet, puisque c'est le parlement qui reçoit le mandat de la nation tout entière, puisque c'est lui qui fait la loi, qui décide, les députés sont absorbés par le parlement. Juridiquement, ils ne sont rien; le parlement a seul une volonté, seul une personnalité juridique, seul des pouvoirs, seul des droits. Mais dans la réalité, ce sont les députés qui votent, qui agissent, qui parlent, qui légifèrent. Dès lors, quel est véritablement leur caractère?

Dans la doctrine du mandat impératif, leur situation est très nette : les députés, mandataires de leurs électeurs, sont titulaires du droit subjectif d'exercer la part de souveraineté appartenant à leurs électeurs et sous le contrôle de ceux-ci. Dans la doctrine du mandat représentatif, la solution est plus difficile, puisque, logiquement, ils ne devraient rien être, et qu'en fait ils sont et font tout. La solution qui paraît la moins mauvaise est en effet celle d'après laquelle les députés sont des fonctionnaires; ils sont investis par la loi du pouvoir objectif d'exprimer la volonté du parlement, lequel est représentant de la volonté nationale. Ils ont ainsi en vertu de la loi une certaine compétence; et cela est le propre des fonctionnaires. Mais comme cette compétence consiste à exprimer la volonté d'un organe représentatif, ils sont des fonctionnaires dans une situation toute particulière, qui explique les immunités dont ils sont investis dans tous les pays qui pratiquent le régime représentatif.

De la théorie de la représentation, fondée sur le mandat donné par la nation au parlement, telle qu'on vient de l'exposer et qu'elle est impliquée par les textes du droit français, il résulte que ne peuvent avoir le caractère représentatif que les corps élus. Je ne dis pas que tous les corps élus aient le caractère représentatif, mais seulement qu'un corps non élu ne peut pas avoir

le caractère représentatif. C'est ainsi, par exemple, que les assemblées politiques héréditaires ou nommées par un monarque ne peuvent avoir dans cette conception le caractère représentatif.

J'ai supposé jusqu'à présent que la représentation de la volonté nationale appartenait à une assemblée; c'est ce qui a lieu le plus ordinairement. Mais rien ne s'oppose, dans la théorie même du mandat représentatif, à ce que la nation donne mandat à un homme de la représenter. La théorie française du mandat représentatif reste la même, que le mandat soit donné à une collectivité ou à un seul.

L'idée d'une représentation du peuple par un homme existait déjà dans la concession de la puissance tribunitienne, accordée par le peuple aux premiers empereurs romains au moyen de la *lex regia*. La constitution de 1791 (tit. III, pr., art. 2) déclare que les représentants de la nation sont « le corps législatif et le roi ». Dans la constitution de 1848, on lit : « Le peuple français *délègue* le pouvoir exécutif à un citoyen qui reçoit le titre de président de la République » (art. 43). On sait que le président de la République devait être élu pour quatre ans au suffrage direct et universel. Enfin Napoléon III, à l'exemple de Napoléon Ier, s'est toujours déclaré le représentant du peuple. Dans la théorie impérialiste, les plébiscites du premier Empire et ceux de 1851 et de 1852 ne sont autre chose qu'un mandat donné par le peuple français aux deux Napoléons. Nulle part ce mandat n'est plus nettement affirmé que dans l'article 5 de la constitution de 1852 reproduit dans l'article 13 du sénatus-consulte constituant de 1870 : « Le président de la République (l'empereur) est responsable devant le peuple français auquel il a toujours le droit de faire appel. » Il est donc certain que nos constitutions françaises, tout en proclamant le prin-

cipe de la souveraineté nationale, ont admis la possibilité d'une représentation au profit d'un homme.

Enfin, il peut se faire que le pouvoir représentatif soit donné à plusieurs corps ou à un corps et à un homme, par exemple comme dans la constitution de 1791, « au corps législatif et au roi » (tit. III, pr., art. 29), dans la constitution de 1848, à une assemblée nationale et au président de la République. On aperçoit la question qui se pose alors avec la théorie française. La souveraineté est-elle déléguée en bloc à des organes qui l'exerceront en commun, en collaboration? Ou au contraire les différentes prérogatives de la souveraineté seront-elles divisées, et ces prérogatives données séparément à tous les organes de représentation? C'est la question célèbre de la séparation des pouvoirs qui sera étudiée aux paragraphes 41 et 42.

§ 40. — *De quelques théories particulières sur la représentation politique.*

La doctrine précédemment exposée du *mandat représentatif* est celle du droit positif français; mais elle est repoussée par beaucoup de bons esprits. Il n'est pas inutile d'indiquer les éléments essentiels de quelques doctrines opposées.

Doctrine du mandat impératif. — Exposée par Pétion à l'Assemblée nationale de 1789 (5 septembre 1789, *Archives parlementaires*, 1re série, VIII, p. 582), elle est encore énergiquement défendue par toute une école politique.

On part de cette proposition (affirmée par Rousseau, quoique contradictoire avec l'idée du *moi commun* et de la souveraineté nationale indivisible), proposition d'après laquelle chaque membre de la nation est titulaire d'une quote-part de la souveraineté, quote-part déter-

minée d'après le nombre d'individus composant la nation, et l'on raisonne ainsi : les citoyens, titulaires chacun d'une part de souveraineté, exercent leur droit en participant à l'élection et en désignant un député ; par conséquent, le député ne peut tenir son pouvoir que de ceux qui l'ont nommé ; et comme le député ne devient pas cessionnaire de cette souveraineté qui reste fixée sur la tête des électeurs, il ne peut être que leur mandataire. Le député n'est point le mandataire de la nation entière ; il n'y a là qu'une fiction ; le député est le mandataire de la circonscription, c'est-à-dire du groupe d'électeurs qui l'a nommé.

Par là le député est soumis à toutes les obligations qui incombent à un mandataire. Tout mandant peut limiter le mandat qu'il donne ; de même les électeurs peuvent tracer d'avance la conduite que devra suivre leur député ; et celui-ci doit se conformer aux instructions reçues et voter dans le sens indiqué d'avance par ses électeurs. Tout mandataire qui outrepasse son mandat peut être révoqué par son commettant, ou du moins ne l'oblige pas ; le mandant peut révoquer à un moment quelconque son mandataire. Tout cela, dit-on, est vrai du député. L'acte du député, contraire au mandat qu'il a reçu, est sans valeur à l'égard de ses commettants et peut entraîner sa révocation. Les électeurs peuvent d'ailleurs toujours révoquer leur député s'ils n'ont plus confiance en lui. Cette dépendance absolue du député à l'égard de l'électeur constitue précisément le *mandat impératif*. Dans la pratique, on a essayé de lui donner une sanction par la démission en blanc que le député remet à son comité avant l'élection.

Le système du mandat impératif était pratiqué aux états généraux, qui se composaient véritablement des mandataires de la noblesse, du clergé et du tiers de chaque bailliage. Mais on a vu au paragraphe précédent

qu'il était absolument contraire aux textes de notre droit positif français. Quoique soutenue en général par le parti radical, qui se pique de défendre les vrais principes démocratiques, la doctrine du mandat impératif est manifestement contraire au principe de la souveraineté nationale. En effet, si la souveraineté nationale existe, elle est, par définition même, la volonté une et indivisible de la nation ; ni les individus ni les groupes pris séparément n'ont une parcelle quelconque de la souveraineté ; par conséquent, ni les individus ni les groupes ne peuvent donner au député un mandat quelconque d'exercer en leur nom une souveraineté qu'ils n'ont pas.

Au point de vue politique et pratique, le système du mandat impératif est inadmissible. D'abord avec le mandat impératif, on n'aurait ni les avantages du gouvernement direct, puisque le peuple ne serait pas directement consulté, ni ceux du gouvernement représentatif puisque les députés, liés par les instructions de leurs électeurs, ne pourraient pas apporter au pays le profit de leurs aptitudes propres, et on aurait les inconvénients de ces deux espèces de gouvernement. Enfin, il serait à peu près impossible d'assurer le fonctionnement du mandat impératif dans des conditions équitables. L'expérience prouve que, dans le fait, ce prétendu mandat est donné par les comités plus ou moins influents d'une circonscription, lesquels souvent ne représentent qu'un nombre infime d'électeurs et n'ont d'autre autorité que celle qu'ils s'attribuent.

Cf. Dandurand, *Le mandat impératif,* 1891 ; Ostrogorski, *La démocratie et l'organisation des partis politiques,* 1903 ; Esmein, *Revue politique et parlementaire,* juillet et août 1903, p. 117 et 357 (à propos du livre de M. Ostrogorski), et *Droit constitutionnel,* 7e édit., I, p. 444 et s. ; Dikinson, *Les caucus en Angleterre.*

Il y a eu, ces dernières années, d'assez nombreuses propositions de lois tendant à la reconnaissance légale du mandat impératif.

Une des plus intéressantes est celle de M. Cornudet, 16 novembre 1896 (*J. off., Doc. parl.*, Chambre, 1896, p. 1559). Cf. la proposition de MM. E. Vaillant et Allard, relative à l'organisation démocratique du suffrage universel, qui implique l'admission du mandat impératif (9 juin 1903, *J. off., Doc. parl.*, Chambre, session ordinaire, 1903, p. 569). C'est au même ordre d'idées que se rattache la proposition de MM. Suchetet, de Ramel et autres tendant à ce que le vote de chaque député compte pour le nombre même de suffrages qu'il a obtenus et qu'il représente (séance du 19 décembre 1907, *J. off., Doc. parl.*, Chambre, session ordinaire, 1909, p. 526).

Le gouvernement représentatif dans la doctrine juridico-organique. — D'après la plupart des auteurs qui admettent la doctrine *juridico-organique*, la nation est un organe dont la fonction consiste à élire, et le parlement un organe dont la fonction consiste à décider sous certaines conditions ; et il n'y a aucun rapport de droit entre le parlement et la nation. L'expression *représentation* peut avoir un sens au point de vue politique ; au point de vue juridique, elle n'en a point. La nation est un organe direct créateur ; le parlement un organe direct créé ; ils tiennent l'un et l'autre leurs attributions de la constitution, et sont sans action l'un sur l'autre. Laband, parlant du Reichstag de l'empire allemand, a très nettement exposé cette conception : « La dénomination de représentants de l'ensemble du peuple, donnée aux membres du Reichstag, n'a pas de signification juridique positive ; au sens juridique, les membres du Reichstag ne sont les représentants de personne ; leurs pouvoirs ne sont pas dérivés d'un autre sujet de droit ; ils reposent directement sur la constitution de l'empire... »

Laband, *Droit public*, édition française, 1900, I, p. 443.

Cf. théorie identique, Orlando, *Fondement de la représentation politique, Revue du droit public*, 1895, I, p. 22 ; Saripolos, *La démocratie et l'élection proportionnelle*, 1899, II, p. 138. Michoud paraît bien accepter purement et simplement cette doctrine. Il écrit en effet : « Cette notion (de la représentation) ne doit pas

être traduite juridiquement, comme on a longtemps cherché à le faire, par l'idée d'une nation-personne, qui serait distincte de l'État et qui donnerait mandat à ses représentants de gouverner en son nom. La nation n'a en effet aucune existence juridique distincte... Ce serait également une erreur de voir dans la nation un organe de l'État... En réalité, ce sont les électeurs organisés en collèges électoraux qui sont les organes de l'État... L'élection n'est point un mandat donné par les électeurs; elle est seulement un choix... » (Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, 1re partie, 1906, p. 287-290).

Cette théorie a le tort grave de méconnaître les faits. Qu'on le veuille ou non, il y a des rapports qui s'établissent entre les électeurs et les élus. On dit qu'en droit le collège électoral est un organe pour élire, que le parlement est un organe pour décider, que le parlement ne reçoit point ses pouvoirs du collège électoral qui le nomme, mais de la constitution, qu'aucun rapport de droit n'existe entre le parlement et le corps électoral, mais seulement des rapports politiques. Une théorie de droit politique qui méconnaît ainsi les faits politiques est une théorie sans valeur, une abstraction vide.

Cette contrariété entre les faits et la théorie juridico-organique, appliquée ainsi aux parlements élus, est tellement évidente qu'elle a frappé les partisans les plus convaincus de ladite théorie, notamment Jellinek, qui critique très vivement la théorie précédente, telle que l'expose Laband. Il fait très justement observer que sans doute le parlement reçoit sa compétence de la constitution et non du corps électoral, mais que s'il n'y a aucun lien juridique entre le parlement et la nation, que s'il n'y a d'autre volonté que celle du parlement, le pouvoir appartient alors à une véritable oligarchie. « C'est une preuve, dit-il, que cette manière de traiter juridiquement le problème est une caricature de la réalité. » Il existe un rapport de fait entre le parlement et la nation; il appartient au juriste d'en donner la formule juridique; sans cela on écarte le problème

juridique de la représentation, on ne le résout point (*Allgemeine Staatslehre*, 2e édit., 1905, p. 567).

La solution juridique du problème consiste, d'après Jellinek, à dire que le parlement est organe direct de la nation, qu'elle même est organe direct de l'État, et que le parlement est ainsi organe direct secondaire de l'État. Dans les deux formes de gouvernement, gouvernement direct et gouvernement représentatif, la nation est organe de l'État ; dans la première, l'organe suprême de la volonté étatique est formé par la nation *une* dans sa collectivité, et dans la seconde par un organe spécial de volonté de la nation. Peuple et parlement forment par suite une unité juridique. Jellinek conclut : « L'élection des députés fait naître un lien permanent entre les représentants et le peuple en son ensemble, nommément *un rapport d'organe*, qui de sa nature ne peut être qu'un *rapport de droit*. » Par là, d'après le savant auteur, se trouve expliquée « la dépendance politique durable et normale de l'élu à l'égard des électeurs », dépendance qui est à tort méconnue par la théorie précédente (*loc. cit.*, p. 571).

Jellinek a cent fois raison de repousser les conséquences que l'on déduit en général de la doctrine juridico-organique. Mais le système qu'il décrit me paraît contradictoire avec les prémisses qu'il a lui-même posées. Dans l'exposé général qu'il fait de la doctrine juridico-organique, il déclare que les organes comme tels ne sont point des personnes juridiques, et que par suite il ne peut pas exister de rapports de droit entre les organes pris comme tels (p. 546). Comment le savant auteur peut-il écrire (p. 571) qu'il y a entre le parlement et le corps électoral un rapport d'organe, « lequel ne peut être de sa nature qu'un rapport de droit » ? A cette objection déjà faite dans mon livre *L'État, les gouvernants et les agents*, 1903, pages 205 et suivantes, Jelli-

nek ne me paraît pas avoir répondu dans la deuxième édition de son beau livre, *Allgemeine Staatslehre*, 1905.

§ 41. — *La séparation des pouvoirs dans la constitution de 1791.*

Dans la doctrine de la souveraineté nationale, plusieurs questions se sont naturellement posées qui pèsent encore d'un poids lourd sur le droit public. La volonté nationale peut-elle être rationnellement représentée par plusieurs organes de représentation ou ne peut-elle être représentée que par un seul? Si elle peut être représentée par plusieurs organes, vaut-il mieux qu'elle soit représentée par plusieurs que par un seul? S'il y a plusieurs organes de représentation, la souveraineté peut-elle et doit-elle être divisée en plusieurs éléments, de telle sorte que chaque organe représente exclusivement un de ces éléments? Ou au contraire, la souveraineté ne reste-t-elle pas indivise et ne doit-elle pas être exercée en collaboration par les différents organes de représentation? En admettant que la souveraineté ne puisse pas être divisée et doive être exercée en collaboration par les organes de représentation, n'y a-t-il pas lieu de donner à chacun un mode différent de participation à l'exercice de cette souveraineté et d'établir entre eux une séparation des fonctions? Enfin, la souveraineté restant indivise et exercée en collaboration par les organes de représentation, ne peut-on pas et ne doit-on pas confier la fonction administrative et la fonction juridictionnelle à deux catégories d'agents d'ordre différent?

Voilà autant de questions qui, assurément, se touchent, mais qui, cependant, sont tout à fait différentes et qu'on a eu le grand tort de confondre sous le nom de question de la séparation des pouvoirs. On a eu le tort aussi de vouloir donner à ces questions une solution unique,

en affirmant ou en niant le principe de la séparation des pouvoirs. Bref, on a confondu deux questions tout à fait différentes : la question de la séparation des pouvoirs et la question de la séparation des fonctions.

Cette confusion paraît avoir été faite par des auteurs très distingués qui ont écrit sur la question.

Artur (*De la séparation des pouvoirs et de la séparation des fonctions*, Paris, 1905) dit : « En quoi peut bien consister la séparation des pouvoirs si ce n'est pas une séparation des fonctions ? » (p. 4). Michoud ramène aussi la séparation des pouvoirs à une séparation des fonctions ; il repousse comme sans valeur les doctrines qui voient dans chaque pouvoir une entité juridique distincte et il explique que dans la séparation des pouvoirs il y a simplement une certaine répartition des fonctions entre les organes pour éviter le despotisme, avec le maintien cependant d'une certaine collaboration (*Théorie de la personnalité morale*, p. 281-283). Michoud (*ibid.*, p. 282, note 1 *in fine*) me reproche d'avoir médit du principe de la séparation des pouvoirs et d'y revenir par ma distinction des gouvernants et des agents.

Notre savant collègue me paraît se méprendre. J'ai essayé de montrer (*La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789*, 1894) que l'Assemblée nationale de 1789, en voulant réaliser, non seulement la séparation des fonctions, mais encore la séparation des pouvoirs, en créant trois entités représentatives, investies chacune d'un des éléments de la souveraineté morcelée, établissait un système contraire au principe de la souveraineté une et indivisible, qu'en partant de cette contradiction initiale elle devait accumuler contradictions sur contradictions et ouvrir la porte à des conflits inévitables qui rendaient son œuvre caduque. Quant à ma distinction des gouvernants et des agents, j'ai dit qu'elle correspondait à la distinction faite par la

constitution de 1791 entre les représentants et les agents (tit. III, chap. IV, sect. II, art. 2), et je n'ai point critiqué cette distinction. Cf. *L'État, les gouvernants et les agents*, p. 262 et s., p. 278 et s., et *supra*, § 33.

Hauriou (*Droit public*, 1910, p. 447) écrit très justement qu'en renonçant à la théorie de la délégation, la distinction subtile des pouvoirs et des fonctions n'a plus de raison d'être. C'est vrai. Mais la séparation des pouvoirs est un système historique que pour comprendre et exposer il faut placer dans le milieu d'idées qui lui a donné naissance. Or, en 1789-1791, on acceptait unanimement l'idée de délégation. D'autre part, je ne comprends plus Hauriou quand il écrit, au bas de la même page 447, que la séparation des fonctions est en même temps une séparation des pouvoirs. A la page 10, il paraît comprendre la séparation des pouvoirs à la manière de Montesquieu. Mais ce n'était pour ce dernier qu'une répartition des fonctions et une action respective des organes l'un sur l'autre. Enfin, toujours à la page 447, Hauriou écrit ceci : « La séparation des pouvoirs constitutionnels est bien une séparation des pouvoirs. La preuve... c'est que chaque organe, bien que chargé principalement de l'une des fonctions, y ajoute, dans l'intérêt de son pouvoir politique, certains emplois d'autres fonctions et ainsi, dans une certaine mesure, les cumule toutes. »

Je ne comprends plus du tout. J'avais toujours cru que ce cumul des fonctions était le contraire de la séparation des pouvoirs, et que ce n'était qu'exceptionnellement et par dérogation au principe de la séparation que le même pouvoir avait des fonctions d'ordre différent.

Les confusions que je signale ne sont le fait ni de Locke ni de Montesquieu, considérés comme les créateurs de la théorie de la séparation des pouvoirs. Ni

l'un ni l'autre n'ont eu l'intention de faire une théorie juridique, mais seulement de montrer comment la constitution anglaise, par un partage des fonctions et une certaine collaboration des organes, a établi de sérieuses garanties au profit de la liberté.

Locke distingue le pouvoir législatif, exécutif et confédératif, définissant le pouvoir législatif « ce qui a le droit de régler comment les forces d'un État peuvent être employées pour la conservation de la communauté et de ses membres ». Et il ajoute : « Mais parce que les lois qui sont une fois et en peu de temps faites, ont une vertu constante et durable, qui oblige à les observer et à s'y soumettre continuellement, il est nécessaire qu'il y ait toujours quelque puissance sur pied qui fasse exécuter les lois et qui conserve toute sa force, et voilà comment le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif se trouvent souvent séparés. » Quant au pouvoir confédératif, il est, dit Locke, habituellement joint au pouvoir exécutif et les deux pouvoirs se séparent malaisément (*Du gouvernement civil*, chap. XI, édition française, Amsterdam, 1691, p. 185-190).

Avec cette conception de Locke, on est bien loin de la séparation des pouvoirs comprise à la manière de 1791. Ces deux pouvoirs ne sont point des pouvoirs égaux et indépendants comme on le dira en 1791. En réalité, dit Locke, « dans un État formé, qui subsiste et se soutient en demeurant appuyé sur ses fondements, et qui agit conformément à sa nature, c'est-à-dire par rapport à la conservation de la société, il n'y a qu'un pouvoir suprême, qui est le pouvoir législatif, auquel tous les autres doivent être subordonnés » (*ibid.*, chap. XII, p. 190). Quand « le pouvoir exécutif est remis à une seule personne qui a sa part aussi du pouvoir législatif, (il) est visiblement subordonné et doit *rendre compte à ce pouvoir législatif* ». Ainsi, dans la

pensée de Locke, il y a plusieurs organes, il doit y avoir plusieurs organes de gouvernement ; mais la souveraineté réside en un seul auquel tous les autres sont subordonnés, ou parfois en deux organes unis par une intime collaboration.

Pas plus dans l'*Esprit des Lois* que dans le *Traité du gouvernement civil*, on ne trouve la séparation des pouvoirs telle que l'ont comprise les constituants de 1791. Encore moins théoricien que Locke, Montesquieu n'a d'autre but que de décrire la constitution d'Angleterre (c'est d'ailleurs le titre du célèbre chapitre VI du livre XI de l'*Esprit des Lois*) et de montrer que cette constitution mieux que toute autre garantit la liberté. L'expression « séparation des pouvoirs » n'est pas employée une seule fois par Montesquieu, et nulle part il n'est question d'organes représentatifs exerçant au nom de la nation les différentes prérogatives de la souveraineté. Quant à la proposition si souvent citée « tout serait perdu si le même homme ou le même corps des principaux ou des nobles ou du peuple exerçait ces trois pouvoirs, celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers », que veut-elle dire, autre chose que ceci : la liberté n'existerait pas dans un pays où le même homme ou le même groupe d'hommes pourrait exercer seul et sans contrôle les différentes fonctions de l'État?

Mais jamais Montesquieu n'a pensé que les organes investis de ces trois fonctions de l'État seraient trois organes représentant le souverain, investis d'une partie de la souveraineté, absolument indépendants l'un de l'autre et sans action l'un sur l'autre. La suite du chapitre le montre à l'évidence. Il met à part la puissance de juger : « Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle. Il n'en

reste que deux » (la puissance législative et la puissance exécutrice). Qu'a voulu dire Montesquieu exactement? Il est difficile de le savoir. C'est une de ces formules sibyllines fréquentes dans l'*Esprit des Lois*. Peut-être veut-il dire qu'étant exercée par un jury sorti du peuple et non permanent, elle n'offre point de danger pour la liberté (Aucoc, *Comptes rendus de l'Académie des sciences morales et politiques*, CXII, p. 213 et s.). Peu importe au reste. Quant aux deux autres pouvoirs, Montesquieu explique qu'ils doivent avoir une action réciproque l'un sur l'autre et vivre en une intime collaboration. Esmein écrit (7e édit., I, p. 463) que « Montesquieu, comme Locke, croyait trouver dans la constitution anglaise la séparation des pouvoirs telle qu'il la professait; qu'en ce point, il se trompait sûrement ou du moins il exagérait, car le pouvoir législatif n'était point complètement séparé en Angleterre du pouvoir exécutif... ».

Jamais Montesquieu n'a exposé une théorie de la séparation des pouvoirs impliquant une séparation absolue des organes exerçant la fonction exécutive et la fonction législative. Il estime qu'il doit exister une action continuelle des deux pouvoirs l'un sur l'autre, une véritable collaboration. Montesquieu explique d'une manière très nette qu'en Angleterre le pouvoir exécutif participe à la législation, que le pouvoir législatif exerce un contrôle continuel sur l'exécutif et que finalement le gouvernement anglais repose sur une collaboration constante et intime des pouvoirs. Il suffit, pour le démontrer, de citer quelques passages du chapitre VI du livre XI : « *Si la puissance exécutrice n'a pas le droit d'arrêter les entreprises du corps législatif*, celui-ci sera despotique... Si, dans un État libre, la puissance législative ne doit pas avoir le droit d'arrêter la puissance exécutrice, elle a le droit et doit avoir la faculté d'exa-

miner de quelle manière les lois qu'elle a faites sont exécutées... Voici donc la constitution fondamentale du gouvernement dont nous parlons. Le corps législatif y étant composé de deux parties, l'une entraînera l'autre par sa faculté mutuelle d'empêcher. Toutes les *deux sont liées par la puissance exécutrice qui le sera elle-même par la législative*. Ces trois puissances devront former un repos ou une inaction. Mais comme, par le mouvement nécessaire des choses, elles sont contraintes d'aller, *elles seront forcées d'aller de concert* » (*Esprit des Lois*, liv. XI, chap. VI). Il faut toujours rapprocher de ces passages de Montesquieu ce que disait de Lolme dans son livre, *La constitution anglaise*, liv. I, chap. III et IV, 1819, p. 74 et s.

En 1787, on avait voté la constitution des États-Unis d'Amérique, dont le texte n'était point inconnu aux membres de l'Assemblée nationale constituante. En vérité, cette constitution américaine, qu'on a si souvent présentée comme réalisant une séparation complète des pouvoirs, n'avait d'autre but que de reproduire le système anglais, de réaliser une répartition des fonctions et une collaboration des organes. Il est acquis en effet, aujourd'hui, que le modèle toujours présent à l'esprit des constituants de Philadelphie fut la constitution anglaise. Henri Summer Maine a pu écrire : « La constitution des États-Unis est totalement imprégnée d'idées politiques d'origine anglaise ; c'est en réalité une version de la constitution anglaise telle qu'elle se serait présentée à un observateur dans la seconde moitié du dernier siècle » (*Gouvernement populaire*, p. 249 et 253). Qu'on n'objecte pas que dans le *Fédéraliste* il est peu ou point question de la constitution anglaise ; ce silence s'explique facilement par l'impopularité où étaient tombés en Amérique l'Angleterre et tout ce qui venait d'elle.

Cela ne veut pas dire que je considère comme pareilles la constitution actuelle des États-Unis et la constitution actuelle de l'Angleterre. Depuis un siècle passé, l'une et l'autre ont suivi leur destinée, évolué dans des milieux différents, et il s'est formé des organismes politiques dissemblables. Mais cela n'infirme point ma proposition, à savoir qu'en Amérique, en 1787, on entendait la séparation dans le même sens et avec la même portée que ceux qu'on lui donnait alors en Angleterre et que Montesquieu lui-même avait exactement définis.

Cf. Ellis-Stevens, *Sources de la constitution des États-Unis*, édition française, 1897, p. 48 et s.; Bryce, *La République américaine*, édition française, 1900, I, p. 26.

De ce qui n'était dans la pensée de Locke et de Montesquieu qu'un procédé d'art politique pour assurer l'équilibre des forces politiques et protéger la liberté, l'Assemblée de 1789 voulut faire une théorie de la souveraineté et de la représentation divisée de cette souveraineté. Elle ne vit dans Montesquieu que les formules générales, et non point la description si exacte de l'action réciproque que la couronne et le parlement exercent et doivent exercer l'un sur l'autre. Montesquieu, interprète fidèle de la constitution anglaise, et les auteurs de la constitution américaine avaient en vue une répartition des diverses fonctions entre plusieurs organes, sans penser aucunement diviser la souveraineté en plusieurs éléments. Dominée par l'esprit classique, passionnée pour les formules générales et abstraites, amoureuse des théories de métaphysique politique, l'Assemblée nationale voit dans la séparation des pouvoirs une division de la souveraineté en divers éléments, souveraineté qui reste une et indivisible malgré l'existence des divers éléments qui la constituent, chacun de ces éléments étant délégué par représentation à un organe distinct, qui, logiquement, sera

indépendant et souverain dans la sphère de souveraineté qui lui est attribuée par représentation.

Dans la constitution de 1791, les pouvoirs ne sont ni des fonctions ni des organes. Ils ne sont pas des fonctions parce que la conception de la fonction implique une manifestation de l'activité et que les différentes fonctions ne peuvent se distinguer les unes des autres que par la forme extérieure de cette activité. Or, il résulte de la constitution de 1791 que les différents pouvoirs existent et se distinguent les uns des autres dans l'intérieur même de l'État au repos, sans qu'il soit nécessaire, pour saisir leur différence, de supposer une manifestation extérieure de l'activité de l'État. Les pouvoirs se conçoivent comme les éléments mêmes de la volonté de l'État prise en soi, et ils sont chacun souverains, bien qu'il n'y ait qu'une seule et indivisible souveraineté.

Les pouvoirs ne sont point des organes. Les organes sont les individus et les groupes d'individus investis de l'exercice d'un élément déterminé de la souveraineté, ou de toute la souveraineté. Les organes, c'est le parlement représentant la volonté souveraine législative; c'est le roi, chef de l'État, représentant la volonté souveraine exécutive; c'est l'ordre judiciaire représentant la volonté souveraine *judiciaire*. Les pouvoirs, ce sont les éléments constitutifs de la volonté nationale souveraine, en tant qu'elle est fractionnée. La volonté nationale étant souveraine, chacun des éléments qui la composent est souverain; chacun de ces éléments de souveraineté est délégué par représentation à un organe, et chaque organe exerce une fonction différente. Finalement, un *pouvoir* est un élément fractionné de la souveraineté, incorporé en un organe, lequel exerce une fonction correspondante. La souveraineté étant indivisible, chacun de ces pouvoirs est souverain, et la souveraineté

étant *une*, bien qu'il y ait plusieurs pouvoirs souverains, il n'y a jamais qu'une souveraineté.

L'esprit rapproche spontanément cette théorie de la trinité politique de la théorie théologique de la trinité divine. La même conception et la même manière de raisonner sont à la base de l'une et de l'autre. La divinité est une et indivisible. Ses attributs forment autant de personnes distinctes, également divines. Mais la divinité reste une et indivisible malgré l'existence de trois personnes divines. De même, la souveraineté est une et indivisible ; ses attributs forment trois personnes distinctes également souveraines. Ils ont chacun des pouvoirs souverains. Cependant il n'y a qu'une seule et indivisible souveraineté malgré l'existence de trois pouvoirs souverains.

On pourrait pousser la comparaison plus loin encore en montrant que la théorie théologique de l'engendrement et de la procession se retrouve dans la théorie politique des trois pouvoirs. Les théologiens enseignent que le Père engendre éternellement le Fils, le *Logos*, le Verbe divin qui s'est fait homme et qui, par là, est entré en relation directe avec l'humanité. De même, le pouvoir législatif engendre le pouvoir exécutif incarné dans le gouvernement qui entre directement en relation avec les sujets. Les théologiens enseignent aussi que la troisième personne de la Trinité divine, le Saint-Esprit, procède éternellement du Père et du Fils, trouvant en eux son afflux divin et apportant par l'amour divin qu'il réalise l'inspiration divine à l'humanité. De même, le troisième pouvoir de la trinité politique, le pouvoir judiciaire, souverain comme les deux premiers, procède d'eux, du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, s'inspire d'eux dans ses décisions et apporte aux sujets l'esprit du législatif et de l'exécutif. Malgré cet engendrement et cette procession, l'exécutif et le judiciaire

sont des pouvoirs souverains comme le Verbe et le Saint-Esprit sont des personnes divines.

Ce rapprochement de la trinité politique et de la trinité divine, Kant n'a pas manqué de le faire quelques années après la constitution de 1791 dans son livre *La doctrine du droit*, paru en 1796. L'État, dit le philosophe de Kœnigsberg, est un ; mais il est triple en même temps. Trois éléments le constituent qui manifestent séparément leur volonté. Chacun de ses éléments est souverain ; chacune des manifestations de leur volonté est souveraine ; et cependant il n'y a qu'un seul État, qu'un seul souverain un et indivisible dans sa substance. Il n'y a qu'un seul Dieu, il y a trois personnes divines ayant chacune une volonté et cependant il n'y a qu'une seule volonté divine une et indivisible. « Tout État, écrit Kant, renferme en soi trois pouvoirs, c'est-à-dire que l'unité de la volonté générale s'y décompose en trois personnes, *trias politica;* le souverain pouvoir qui réside dans la personne du législateur, le pouvoir exécutif dans la personne qui gouverne conformément à la loi et le pouvoir judiciaire qui attribue à chacun suivant la loi, dans la personne du juge » (traduction Barni, p. 168 et 169).

Trois pouvoirs distincts dans l'État, trois pouvoirs qui sont également souverains dans leur domaine, mais unité et indivisibilité logique de l'État dont la substance est en même temps une et triple. C'est bien là le mystère de la trinité politique calqué sur le mystère de la trinité divine, comme l'omnipotence de l'État est une copie de l'omnipotence divine, théorie politique, théorie théologique qui n'ont, l'une et l'autre, d'autre valeur que celle d'un jeu de l'esprit.

Cf. mon article, *J.-J. Rousseau, Kant et Hegel, Revue du droit public*, nos 2 et 3, 1908 ; tirage à part, p. 27.

Cette notion de *pouvoir* conçu comme un des attri-

buts personnifiés de la souveraineté étatique apparaît très nettement dans la constitution de 1791, notamment dans le préambule du titre III, où il est dit : « La nation, *de qui seule émanent tous les pouvoirs,* ne peut les exercer que par délégation » (art. 2). On ne peut pas dire que les fonctions émanent de la nation. Ce qui émane de la nation, c'est la souveraineté, et le texte de l'article 2 ne peut avoir que ce sens : la souveraineté émanant de la nation, émanent aussi d'elle tous les éléments qui la constituent. Dès lors, en parlant de délégation des pouvoirs, les constituants n'ont pu vouloir dire que ceci : le parlement, le roi et l'ordre judiciaire sont investis chacun d'un des éléments de la souveraineté.

La distinction des pouvoirs et des fonctions est nettement indiquée dans la partie du rapport général de Thouret, relative au préambule du titre III. Il dit notamment : « Les *fonctions* et les *pouvoirs* qui lui (au roi) sont délégués ne le font pas représentant seul et exclusif .. » (*Archives parlementaires,* 1re série, XXIX, p. 329). Barnave, dans le discours déjà cité, explique qu'il y a représentation là où un individu ou un corps d'individus *veut* pour la nation ; et parce qu'il veut pour la nation, cet individu ou ce corps est investi, non seulement d'une fonction, mais d'un pouvoir (*ibid.,* p. 331). Thouret avait déjà dit que le roi et les membres de l'assemblée étaient à la fois des représentants et des fonctionnaires ; des représentants parce qu'ils avaient le *pouvoir* de vouloir pour la nation et comme la nation, dans un certain domaine, et des fonctionnaires, parce qu'ils exerçaient des fonctions publiques (*ibid.,* p. 329).

Puis la distinction est très nettement faite par Rœderer et Robespierre. Rœderer distingue les pouvoirs *représentatifs* et les pouvoirs *commis.* « Le pouvoir législatif, dit-il, est essentiellement représentatif ; le pou-

voir exécutif est essentiellement *commis;* le pouvoir représentatif est un pouvoir égal à celui du peuple, indépendant comme le sien ; le pouvoir commis est un pouvoir subdélégué et subordonné » (*ibid.*, p. 324 et 325). Avec cette terminologie spéciale, Rœderer veut dire que le corps législatif exerce seul par représentation la souveraineté, que le roi exerce des fonctions exécutives sous le contrôle souverain du corps législatif, et qu'en parlant de pouvoirs l'Assemblée a en vue seulement les pouvoirs représentatifs, c'est-à-dire les éléments mêmes de la souveraineté. Robespierre exprime la même idée en termes beaucoup plus clairs : « Les *pouvoirs,* dit-il, doivent être distingués des *fonctions... Les pouvoirs ne sont autre chose que les diverses parties essentielles et constitutives de la souveraineté...* » (*ibid.*, p. 326). Thouret, rapporteur, ne conteste point cette définition des pouvoirs ; il repousse seulement l'affirmation de Robespierre qui, en disciple de J.-J. Rousseau, avait dit que les *pouvoirs*, « parties essentielles et constitutives de la souveraineté », ne peuvent être délégués. Ils peuvent l'être, répond Thouret, parce que délégation n'est point aliénation ; la délégation n'est point faite à perpétuité, le peuple souverain peut toujours changer sa constitution (*ibid.*, p. 327 et 328).

La séparation des pouvoirs consacrée par la Déclaration de 1789, article 16, et par la constitution de 1791 résulte directement de cette conception des *pouvoirs*. Ce n'était point la séparation de Montesquieu, ni celle de la constitution anglaise, ni celle de la constitution américaine. Les pouvoirs étant les éléments mêmes de la souveraineté indivisible, il en résulte que chaque organe investi par représentation d'un élément de la souveraineté est souverain dans son domaine, que le parlement doit avoir tout le législatif, le roi tout l'exécutif et seulement l'exécutif, l'ordre judiciaire tout le

judiciaire et seulement le judiciaire, enfin que chacun de ces organes doit rester isolé et indépendant, enfermé dans le domaine où il représente la volonté nationale sans pouvoir exercer une action quelconque sur les autres organes. Ces conséquences m'ont paru (cf. *La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789*, 1893) et me paraissent encore en contradiction absolue avec le principe de la souveraineté une et indivisible proclamé par l'Assemblée.

J.-J. Rousseau l'avait dit d'avance (*Contrat social*, liv. II, chap. II). Cf. *supra*, p. 106 et 107. Rœderer et Robespierre le répétaient très justement à l'Assemblée. Il m'a paru et il me paraît encore que pratiquement il est absolument impossible d'empêcher une action quelconque de l'un des organes sur l'autre, que la vie du pays exige forcément une action constante et réciproque des organes l'un sur l'autre, même une collaboration continuelle des divers organes, et que les constituants eux-mêmes avaient été bien souvent obligés de faire céder leurs principes devant les faits. « Comme par le mouvement nécessaire des choses, elles (les puissances) sont contraintes d'aller, elles seront forcées d'aller de concert », avait dit Montesquieu (*Esprit des lois*, liv. XI, chap. VI). Enfin il m'a paru et il me paraît encore qu'avec cette idée que les pouvoirs sont des parties constitutives de la souveraineté, dont chaque organe est investi par représentation, chaque organe aura une tendance inévitable à s'affirmer seul souverain et à détruire les autres organes, qu'on ouvre ainsi la porte aux conflits et aux coups d'État, et qu'on prépare l'absorption entière de tout le pouvoir par celui des organes que les circonstances ou les hommes auront fait le plus fort, que les événements de 1792-1793, de l'an VIII et de 1851-1852 sont venus donner à ces craintes une éclatante confirmation.

Qu'il y ait dans le droit actuel une séparation des

pouvoirs, je le veux bien ; mais ce qu'on appelle aujourd'hui séparation des pouvoirs n'a aucune analogie avec la séparation des pouvoirs de la constitution de 1791. Sous le nom de séparation des pouvoirs, il y a aujourd'hui une collaboration des organes de représentation et une répartition des fonctions. S'il plaît aux auteurs de désigner, par la même expression *séparation des pouvoirs,* deux choses absolument différentes, le système de 1791 et le système actuel, je n'y vois pas de mal. Mais on reconnaîtra que cela n'est pas propre à mettre de la clarté dans les théories de droit politique.

On a vu par ce qui précède que l'Assemblée nationale de 1789 distinguait trois pouvoirs et faisait de l'ordre judiciaire un troisième pouvoir indépendant et égal des deux autres (Const. 1791, tit. III, pr., art. 5 ; tit. III, chap. IV, sect. III, art. 3, et chap. V, art. 1 et 3). Cependant, l'ordre judiciaire ne devait point exercer toute la fonction juridictionnelle ; on sait que l'Assemblée nationale (cf. surtout les lois du 7 septembre 1790 et du 15 mai 1791) donnait aux administrateurs eux-mêmes le jugement de nombreuses affaires contentieuses. Dès lors, on s'est demandé comment l'Assemblée de 1789, après avoir énergiquement affirmé l'existence et l'indépendance du pouvoir judiciaire, après avoir déclaré que les administrateurs « ne peuvent rien entreprendre sur l'ordre judiciaire... », accordait une large compétence juridictionnelle aux administrateurs eux-mêmes. Tout paraît très simple et très logique si l'on admet que l'Assemblée nationale de 1791 a naturellement compris le pouvoir judiciaire à la manière de Montesquieu, c'est-à-dire comme « étant la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit civil... », celle par laquelle « le prince *punit les crimes ou juge les différends entre les particuliers* » (*Esprit des lois,* liv. XI, chap. VI). Le pouvoir judiciaire étant ainsi compris, il

n'y a rien d'illogique, bien au contraire, à lui refuser la connaissance de tous les différends qui ne sont pas nés entre particuliers et à les remettre à la connaissance des administrateurs eux-mêmes. On reviendra sur ce point dans la suite de l'ouvrage.

Que telle ait bien été la pensée de l'Assemblée nationale, cela me paraît ressortir, d'une part, de l'influence que, tout le monde s'accorde à le reconnaître, exercèrent sur elle les idées de Montesquieu, d'autre part, des textes précités et des déclarations faites, à maintes reprises, par les membres les plus influents de l'Assemblée. Dès le 1er août 1789, Thouret disait au comité de constitution : « Les pouvoirs publics se divisent en quatre classes ou espèces différentes... L'exécution des lois qui ont pour *objet les actions et les propriétés des citoyens* nécessite l'établissement de juges ; de là les tribunaux de justice en qui réside le pouvoir judiciaire (*Archives parlementaires*, 1re série, VIII, p. 326). On trouve exactement la même idée dans le rapport de Bergasse, 17 août 1789 (*ibid.*, VIII, p. 840). Dans son mémoire du mois de mars 1790, Duport écrit : « Il faut distinguer... les lois *politiques* et les lois *civiles*. Les premières embrassent les relations des individus avec la société ou celles des diverses institutions politiques entre elles. Les secondes déterminent les relations particulières d'individu à individu. *C'est pour appliquer ces dernières lois que les juges sont spécialement et uniquement institués* » (*Archives parlementaires*, 1re série, XII, p. 410).

Le pouvoir judiciaire étant ainsi défini, il faut évidemment soustraire à sa connaissance toutes les affaires, même contentieuses, qui ne mettent pas en jeu l'application des lois civiles, mais seulement l'application des lois politiques, affaires d'impôts et autres. La solution de ces affaires ressortit directement à l'administration et doit être donnée aux administrateurs. La loi du

7 septembre 1790, conformément à ce principe, énumère toute une série d'affaires qui seront jugées par les administrateurs. Elle fonde le contentieux administratif moderne et elle est la conséquence logique du caractère attribué en 1789-1791 au pouvoir judiciaire.

Ces idées, que j'ai exposées dès 1893 dans mon livre, *La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789*, p. 70 et s., ont été très vivement critiquées par Artur (*Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*, 1905, p. 125 et s., et particulièrement note 2 de la p. 237 qui occupe près de 8 pages). Notre savant collègue écrit : « Ce n'est pas une conception positive de la séparation des pouvoirs qui a produit notre justice administrative ; c'est au contraire notre justice administrative, une fois organisée et constituée aux mains de l'administration, qui a engendré une conception positive très particulière de la séparation des pouvoirs... »

C'est ce que je conteste absolument. Artur se livre à une très longue et subtile discussion pour démontrer que ni Bergasse ni Thouret ni Duport n'ont eu l'opinion que je leur prête, que c'est mon opinion personnelle que je leur attribue gratuitement. Pour le soutenir, il se fonde surtout sur ce que le comité de constitution aurait primitivement pensé à donner le jugement des affaires administratives à des tribunaux d'administration, à raison d'un par département, composés de juges élus indépendants de l'administration et que ce n'est que devant l'impopularité de cette idée que, sur la proposition de Pezons, fut votée la loi du 7 septembre 1790. Tout cela est parfaitement exact, mais n'infirme en rien ce que j'ai dit. Le fait incontestable, c'est qu'à l'Assemblée nationale personne n'eut l'idée, à un moment quelconque, de donner aux tribunaux judiciaires la connaissance des affaires contentieuses administratives. Si le pouvoir

judiciaire avait été ce pouvoir investi de la fonction qui consiste à juger (au sens que donne Artur à ce mot), l'ordre judiciaire, qui était investi de ce pouvoir (Const. de 1791, tit. III, pr., art. 5), aurait eu toute la fonction de juger, en matière civile et en matière administrative, ou, du moins, c'est par exception qu'on lui aurait soustrait la connaissance des affaires administratives. Point du tout ; tout le monde est d'accord : l'ordre judiciaire ne jugera point les affaires administratives. Voilà le fait essentiel. La question de savoir à qui on en donnera le jugement est une tout autre question. Artur ne conteste certainement pas que tout le monde fut d'accord pour soustraire le jugement des affaires contentieuses administratives aux tribunaux judiciaires. Donc, dans la pensée de tous, le contentieux administratif n'appartient pas à l'ordre judiciaire ; et comme celui-ci était investi par représentation du pouvoir judiciaire, le contentieux administratif, dans la pensée de tous, n'appartient pas au pouvoir judiciaire. Pour qu'on admît cela, il fallait forcément qu'on eût une notion particulière du pouvoir judiciaire, et ce ne peut être que celle que j'ai indiquée. C'était celle de Montesquieu : le pouvoir judiciaire juge les crimes et les différends entre particuliers.

Restait la question de savoir à qui on donnerait le jugement des affaires contentieuses administratives. La solution de cette question importe peu pour le point que je veux établir. On eut en effet d'abord l'idée de créer des tribunaux administratifs distincts de l'administration active. Mais on se rallia à l'opinion de Pezons, qui demandait, le 9 août 1790, que le jugement des affaires contentieuses administratives fût remis aux directoires de département et de district, en disant que c'était là un plan « qui *distingue et sépare profondément* l'ordre administratif d'avec l'ordre judiciaire » (*Archives parlementaires*, 1re série, XVII, p. 675). Il paraissait

en effet inutile de créer la complication de tribunaux nouveaux, puisqu'on avait les directoires administratifs qui semblaient présenter toute garantie pour le jugement des procès administratifs. Tel fut le système consacré par la loi du 7 septembre 1790.

Je persiste donc à croire que le professeur Artur se trompe quand il écrit (p. 238) que c'est la justice administrative, constituée et organisée par la loi du 7 septembre 1790, qui a engendré une conception positive très particulière de la séparation des pouvoirs. Je persiste à penser que c'est parce que l'Assemblée de 1789 voyait, comme Montesquieu, dans l'ordre judiciaire « la puissance exécutrice des choses du droit privé... jugeant les crimes et les différends entre les particuliers », qu'elle lui a enlevé la connaissance des procès publics et créé logiquement les éléments du contentieux administratif moderne.

La constitution de 1791 a eu sur le droit public moderne en général une influence trop profonde pour que dans la matière de la séparation des pouvoirs son action ne se soit pas fait notablement sentir. Il est vrai cependant que la constitution de 1793 fut une réaction contre le système même de 1791. Inspirée du *Contrat social,* votée sous l'influence prépondérante de Robespierre, elle affirme l'unité et l'indivisibilité de la souveraineté, ne parle plus de séparation des pouvoirs, mais seulement des *limites des fonctions publiques.* « Elle (la garantie sociale) ne peut exister si les limites des fonctions publiques ne sont pas clairement déterminées » (Déclaration de 1793, art. 24). La souveraineté est représentée dans sa totalité une et indivisible par le corps législatif, et le conseil exécutif sera un simple agent d'exécution sous l'autorité constante du corps législatif (art. 65).

Si ce n'était l'idée de représentation à laquelle on fait

une place, ce serait la pure théorie de J.-J. Rousseau, qui repousse énergiquement toute idée de séparation des pouvoirs. On a bien dit que Rousseau distinguait le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, mais c'est jouer sur les mots. D'après Rousseau, il y a le pouvoir souverain qui appartient au peuple et qu'il ne peut déléguer et il y a le gouvernement, *commis* du peuple, qui exécute sa volonté (liv. III, chap. I). On voit par ces quelques mots que ni dans le *Contrat social*, ni dans la constitution de 1793, il n'y a rien qui ressemble de près ou de loin à la séparation des pouvoirs de 1791. Qu'on se rappelle, au reste, les plaisanteries de Rousseau à l'adresse des partisans de la séparation des pouvoirs (liv. III, chap. II). Cf. *supra*, p. 106 et 107.

La constitution de 1793 ne fut pas appliquée. Dans la constitution de l'an III, la Convention reproduit presque dans les mêmes termes les principes de 1791 sur la séparation des pouvoirs et la règle des trois pouvoirs. Elle rêve aussi de créer trois pouvoirs, et particulièrement un pouvoir législatif et un pouvoir exécutif, absolument distincts et indépendants l'un de l'autre. On sait combien mal elle y réussit. L'histoire du gouvernement directorial est celle d'une série ininterrompue de coups d'État; elle aboutit au 18 brumaire qui emporte le régime.

En 1848, les principes et les formules de 1791 reparaissent. « La séparation des pouvoirs est la première condition d'un gouvernement libre » (Constitution de 1848, art. 19). Au bout de trois années d'une vie précaire, la constitution s'effondre le 2 décembre 1851. La séparation des pouvoirs ne fut point la cause unique des coups d'État du 18 brumaire et du 2 décembre. Les faits politiques sont le produit d'une infinité de causes complexes. Mais je reste convaincu que la séparation rigoureuse qu'on avait voulu établir entre les organes,

en l'an III et en 1848, fut la cause principale des graves conflits dont un coup de force fut le dénouement.

Les théoriciens de la séparation des pouvoirs, comprise comme en 1791, n'ont point manqué. Il n'en est pas qui aient poussé plus loin les conséquences théoriques de la conception que l'illustre philosophe Kant, comme on l'a montré plus haut à ce paragraphe.

Cette conception des pouvoirs apparaît aussi dans l'œuvre célèbre de L. Stein (*Die Verwaltungslehre*, 1868), bien qu'il semble repousser la séparation des pouvoirs. Il enseigne que le moi de l'État est le souverain, le support de la personnalité organique et autonome de l'État, quelle que soit sa forme, que l'acte par lequel l'État détermine les motifs qui le font agir, juge au sens logique, est la législation; que la volonté de l'État tendant à s'extérioriser et pouvant s'imposer même par la force est l'exécution.

Cf. Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, 1re partie, 1906, p. 221; Seligman, *La justice en France pendant la Révolution*, 1789-1790, 2 vol., 1913; Redslob, *Die Staatstheorie der franzosischen Nationalsammlung von 1789*, 1912; Bruno Beyer, *Betrachtungen über die Kompetenzvertheilung in den modernen Staaten*, *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, 1914, p. 201 et s.; Powell, *Separation of powers; administrative exercice of legislative and judicial power*, *Political science quarterly*, XXVII, p. 215 et s., et XXVIII, 1913, p. 34; Esmein, *Droit constitutionnel*, 7e édit., I, p. 447 et s.; *Id.*, *La question de la juridiction administrative devant l'Assemblée constituante*, *Jahrbuch des offentlichen Rechts*, V, 1911, p. 4 et s.

§ 42. — *La séparation des pouvoirs dans le droit actuel.*

Les lois constitutionnelles de 1875 ne contiennent aucun texte analogue aux dispositions des constitutions de 1791, de l'an III et de 1848, formulant le principe de la séparation des pouvoirs. Rien d'étonnant à cela. Chacun sait que l'Assemblée de 1875 s'abstint de formuler des principes généraux et que, pressée par les événements, elle se borna à édicter quelques règles indispensables au fonctionnement d'une république, qui, dans la pensée de la majorité, ne devait durer que peu

d'années. Mais vit-elle dans la séparation des pouvoirs, comprise à la manière de 1791, un principe toujours existant ?

La loi par laquelle l'Assemblée de Bordeaux ordonna la réintégration des magistrats irrégulièrement révoqués par le gouvernement de la Défense nationale était ainsi conçue : « Les décrets des 28 janvier et février 1871, qui ont prononcé la déchéance de quinze magistrats y dénommés, sont déclarés nuls et non avenus, comme contraires *à la règle de la séparation des pouvoirs* et au principe de l'inamovibilité de la magistrature, en réservant le droit souverain de l'Assemblée sur l'organisation judiciaire » (25 mars 1871). Quelques jours avant, l'Assemblée avait nommé M. Thiers chef du *pouvoir exécutif* de la République française (17 février 1871), et, réservant toujours son pouvoir constituant, le 31 août 1871, l'Assemblée donnait au chef du *pouvoir exécutif* le titre de président de la République. Par la loi du 20 novembre 1873, « *le pouvoir exécutif* était confié pour sept ans au maréchal de Mac-Mahon... ». Enfin, aux termes de l'article 1er, § 1, de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, « le *pouvoir législatif* s'exerce par deux assemblées, la chambre des députés et le sénat ».

De ces textes, il paraît résulter, au premier abord, que l'Assemblée constituante de 1871, qui a voté les lois constitutionnelles actuellement en vigueur, a voulu rester dans la tradition de 1791 et de 1848, distinguer les trois pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, reconnaître et consacrer leur indépendance, et qu'en principe la théorie rigide de la séparation des pouvoirs serait encore à la base de notre droit politique.

Je ne saurais le croire. L'Assemblée de Versailles avait une trop profonde expérience des choses politiques pour qu'elle ait un moment songé à prendre, comme base de

la législation politique qu'elle votait, la théorie métaphysique du fractionnement de la souveraineté en pouvoirs distincts, chacun souverain, et formant par leur réunion même la souveraineté une et indivisible. Pour admettre que l'Assemblée ait eu cette conception, il faudrait que cela eût été dit expressément, et cela ne l'a été ni dans les lois ni dans les discussions. En parlant de la séparation des pouvoirs, dans la loi du 25 mars 1871, en conférant à un président de la République le pouvoir exécutif et à deux chambres le pouvoir législatif, par les lois du 20 novembre 1875 et du 25 février 1875, l'Assemblée n'a édicté aucune disposition de laquelle on doive forcément conclure que, dans sa pensée, chacun des pouvoirs est un élément démembré de la souveraineté.

Si la règle générale de la séparation des pouvoirs est une règle de notre droit constitutionnel, on n'est gêné par aucun texte de principe pour en déterminer le sens et la portée. Il est facile de montrer que ce qu'on appelle aujourd'hui séparation des pouvoirs, c'est une règle en vertu de laquelle il existe plusieurs organes de représentation de la souveraineté nationale, une collaboration intime et constante de ces organes, une action réciproque de l'un sur l'autre, et aussi une séparation entre le personnel administratif et le personnel judiciaire, une indépendance aussi grande que possible attribuée au personnel judiciaire. Tout notre droit public moderne, toute notre vie politique protestent contre l'isolement complet des différents organes et impliquent au contraire leur pénétration intime. Et cela est aux antipodes de la conception de 1791.

Le parlement a, dit-on, le pouvoir législatif. Si l'on prenait cette proposition au pied de la lettre, elle signifierait qu'un fragment détaché de la souveraineté entière est délégué par le peuple au parlement. Or ce fraction-

nement, théoriquement, ne se conçoit pas, et de fait il n'a point lieu ; il n'est voulu ni du peuple qui donne le mandat représentatif au parlement, ni *a fortiori* du parlement qui reçoit ce mandat. Le parlement a le caractère représentatif : il veut pour le peuple souverain. Cela est vrai dans tous les domaines de l'activité de l'État, et pas seulement pour l'exercice de la fonction législative. Seulement il participe à l'exercice des fonctions de l'État d'une certaine manière déterminée par la constitution. Il collabore avec le chef de l'État à toutes les fonctions de l'État, mais il ne peut y collaborer que d'une certaine manière. Quand il s'agit d'édicter une règle générale, en principe le parlement arrête la décision ; il peut même prendre l'initiative et édicter une décision que le chef de l'État sera obligé d'accepter (L. 16 juillet 1875, art. 7). Pour certaines règles générales, la décision est prise par le chef de l'État, et le parlement n'y participe que par un contrôle ou un veto indirect, qu'il peut toujours exercer en invitant le chef de l'État à rapporter le règlement. A la direction générale des services publics, le parlement ne reste point étranger, mais il agit seulement par les invitations qu'il adresse au gouvernement.

Le chef de l'État a, dit-on, le pouvoir exécutif. Soit. En réalité, il participe à toute l'activité de l'État ; mais il y participe d'une manière différente du parlement. Pour l'établissement de la règle générale, habituellement et en principe, il la propose, il la promulgue ; il peut même demander une nouvelle délibération, qui ne peut lui être refusée, et si le parlement persiste dans son premier vote, le président de la République doit promulguer la loi ; mais tant qu'elle n'est pas promulguée, la loi n'est point applicable (L. const. 16 juillet 1875, art. 7). Pour beaucoup de dispositions par voie générale appelées règlements, le chef de l'État prend

la décision sous le contrôle du parlement et sauf le veto indirect toujours possible de celui-ci.

Ainsi deux organes, le parlement et le gouvernement personnifié par le chef de l'État, exercent l'un sur l'autre une action réciproque constante, collaborent d'une manière intime à la mise en œuvre de l'activité générale de l'État, mais y collaborent en des formes différentes à cause même de la diversité de leur structure. Si c'est cela qu'on appelle la séparation des pouvoirs législatif et exécutif, je le veux bien; il suffit de s'entendre. Mais on conviendra qu'on est bien loin du système de 1791, où chacun des organes incorporait un élément distinct de la souveraineté et devait être indépendant et souverain dans sa sphère. Aussi je crois que pour éviter une confusion, au lieu de séparation des pouvoirs, il faut dire collaboration des organes.

Mais par séparation des pouvoirs, on n'entend pas seulement cela. Pour beaucoup d'auteurs, il y aurait un troisième pouvoir, le pouvoir judiciaire. C'est une question classique à l'école de savoir s'il y a actuellement un pouvoir judiciaire ou seulement une autorité judiciaire, et si l'existence du contentieux administratif est conforme ou contraire au principe de la séparation des pouvoirs.

Cf. Jacquelin, *Les principes dominants du contentieux administratif,* 1899; Artur, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions,* 1905, principalement p. 59 et s.; Ducrocq, *Droit administratif,* 7e édit., I, p. 22 et s.

De même que la question d'un pouvoir administratif, distinct du législatif et de l'exécutif, ne se pose pas, de même, à mon avis, ne se pose pas non plus la question d'un pouvoir judiciaire.

Pour établir que le pouvoir judiciaire est un troisième pouvoir distinct du pouvoir exécutif, on doit démontrer, dit-on, qu'il y a une fonction de juger distincte des autres fonctions de l'État, et particulièrement

de la fonction exécutive, et une indépendance suffisante des dépositaires de la fonction judiciaire (Artur, *loc. cit.*, p. 69).

Non; quand on aura démontré cela, on n'aura point démontré que la justice forme un troisième pouvoir. Sans doute, la fonction de juger est une fonction tout à fait distincte de la fonction législative, de la fonction exécutive et de la fonction administrative. Je crois l'avoir démontré aux paragraphes 28 à 31. J'admets même que l'inamovibilité de la magistrature assure une indépendance suffisante aux magistrats. Tout cela ne prouve pas qu'il y ait un pouvoir judiciaire autonome, qu'il puisse même y en avoir un, car tout cela est vrai pour l'administration, et on ne pense point à faire de l'administration un pouvoir autonome. Pour démontrer que la justice est un pouvoir autonome, il faudrait démontrer qu'elle est un élément détaché de la souveraineté de l'État incorporé en un organe de représentation. Or, cette démonstration est impossible, parce que ce fractionnement de la souveraineté est lui-même impossible. C'est une conception métaphysique sans valeur réelle. Elle a été une règle du droit positif français à un moment donné, parce que les constitutions de 1791 et de l'an III et peut-être de 1848 avaient expressément déclaré que la justice était un fragment de souveraineté dont les juges se trouvaient investis. Mais aujourd'hui, aucun texte positif ne consacre cette conception; elle ne saurait donc être admise, puisqu'elle est en soi arbitraire et contradictoire avec la notion même de souveraineté une et indivisible.

Je n'en conclurai pas, comme la majorité des auteurs qui repoussent l'idée d'un pouvoir judiciaire autonome, que la justice se rattache au pouvoir exécutif. Pour moi, on l'a vu, il n'y a pas plus de pouvoir exécutif qu'il n'y a de pouvoir législatif. Il y a des

agents judiciaires et des agents administratifs, des agents judiciaires qui sont placés sous le contrôle du gouvernement placé lui-même sous le contrôle du parlement. C'est le gouvernement qui les nomme, comme il nomme les agents administratifs ; c'est le gouvernement qui doit assurer la bonne administration de la justice. Le gouvernement a même, près des corps judiciaires les plus importants, des agents spéciaux, les agents du ministère public, qui sont chargés de le représenter.

Mais, dit-on, la preuve que derrière l'acte du magistrat judiciaire se cache un véritable pouvoir souverain, autonome, distinct des autres pouvoirs, c'est que la décision du magistrat s'impose à tous, s'impose au gouvernement et même au parlement. Cela ne prouve rien. Quand un administrateur fait un contrat au nom de l'État, son acte s'impose à tous, gouvernement, parlement, et il n'y a pas un organe qui puisse délier l'État des obligations nées à sa charge par l'effet de ce contrat. Il est d'ailleurs facile de montrer la vraie raison pourquoi la décision du juge s'impose au parlement, au gouvernement. Il suffit de rappeler le vrai caractère de la fonction juridictionnelle : elle consiste ou bien à constater la violation de la loi et à en tirer logiquement les conséquences que la loi elle-même y attache, ou bien à constater l'existence et l'étendue d'une situation subjective et à en ordonner la réalisation. Par conséquent, ce n'est pas à vrai dire la décision juridictionnelle qui s'impose à l'État, au gouvernement, au parlement, c'est la loi elle-même, c'est la situation subjective elle-même dont l'existence et l'étendue ont été reconnues. La force obligatoire des décisions juridictionnelles à l'égard de l'État est donc une conséquence logique et simple de la conception de *l'État de droit :* l'État est lié par le droit objectif et le droit subjectif,

quand, au cas de violation ou de contestation, ils sont constatés et sanctionnés par les agents auxquels la loi a donné expressément compétence à cet effet.

Conclusion. — Après cet exposé, je puis répondre aux questions posées au début du paragraphe 41 et confondues à tort en cette question unique, complexe, et partant singulièrement obscure, de la séparation des pouvoirs. Je dirai : Dans la doctrine de la souveraineté nationale, la volonté du peuple peut être représentée par plusieurs organes. Il vaut même infiniment mieux qu'elle soit représentée par plusieurs organes que par un seul, parce que ces organes se limiteront, se pondéreront réciproquement. Mais s'il y a plusieurs organes de représentation, la souveraineté ne peut pas être divisée en plusieurs éléments et on ne peut pas attribuer, sous le nom de *pouvoir*, à chacun de ces organes un élément partiel de la souveraineté, celle-ci restant malgré cette division une et indivisible. La souveraineté est, en effet, la volonté de la nation personne ; toute personne est indivisible ; toute volonté qui en émane l'est aussi. Cette conception d'une puissance souveraine, une en trois pouvoirs, est une conception métaphysique analogue au mystère chrétien de la trinité, qui a séduit les esprits parfois chimériques de l'Assemblée de 1789, mais qui est inadmissible dans une construction vraiment positive du droit public. Quand il y a plusieurs organes de représentation, ils collaborent forcément à toute l'activité générale de l'État ; mais leur mode de participation est naturellement différent ; il est réglé par la constitution de chaque pays, et ce qu'on appelle improprement séparation des pouvoirs, c'est la diversité de participation des différents organes à l'activité générale de l'État.

Enfin, il existe dans tous les grands pays des agents qui entrent en relation avec les particuliers et qui agis-

sent sous le contrôle et sous l'impulsion des organes de représentation. Presque partout ces agents sont divisés en deux grandes catégories : les agents administratifs et les agents judiciaires. Il paraîtrait logique que les uns eussent seulement la fonction administrative et toute la fonction administrative, les autres seulement la fonction juridictionnelle et toute la fonction juridictionnelle. En France, par suite d'influences historiques, de raisons pratiques, d'habitudes prises, la répartition des fonctions entre les deux catégories d'agents n'est pas ainsi faite, et notamment la fonction juridictionnelle appartient aux agents de l'ordre administratif quand son exercice implique l'appréciation d'un acte administratif. Cette séparation des agents judiciaires et des agents administratifs est aussi parfois appelée séparation des pouvoirs. Expression inexacte, qui est la cause de beaucoup de confusions et même d'erreurs; on devrait dire tout simplement séparation des deux ordres ou des deux autorités judiciaire et administratif.

§ 43. — *Les parlements. Leur composition.*

Le mot *parlement* est aujourd'hui passé définitivement dans la langue politique pour désigner les assemblées délibérantes, qui ont en général pour mission principale de voter les lois et le budget et aussi, souvent, de contrôler les ministres. Ce mot, qui vient du bas latin *parliamentum,* sert en Angleterre depuis le xve siècle à désigner les deux assemblées qui exercent avec le roi la puissance souveraine. En France, le mot était employé très anciennement pour désigner toute assemblée. Mais depuis le xve siècle il est réservé pour désigner les cours de justice souveraines, dont la plus ancienne, le parlement de Paris, sorti de l'ancienne cour du roi, voulut, grâce à son droit d'enregistrement

des édits du roi, jouer un rôle politique, invoquant parfois la similitude de nom et l'exemple du parlement anglais. Les parlements cours de justice disparaissent en 1790, et au XIXe siècle, sur le continent comme en Angleterre, le mot *parlement* est devenu le terme générique par lequel on désigne les assemblées politiques.

Les parlements modernes ont, en général, une structure assez complexe. Le plus habituellement, ils sont élus, à un suffrage direct ou indirect, par un corps électoral plus ou moins étendu; et l'on voit dans les parlements élus les organes par excellence de la représentation nationale. Cependant, on peut concevoir très bien qu'un parlement ne soit pas élu, qu'il soit nommé tout entier ou en partie, par exemple, par le chef de l'État, ou qu'il se compose tout entier ou en partie de personnes y siégeant par droit de naissance. Il n'aurait pas alors à vrai dire le caractère représentatif.

Nous avons eu, en France, depuis la Révolution, des régimes politiques sous lesquels une partie du parlement n'était pas élective. Les membres de la chambre des pairs étaient, d'après la charte de 1814 (art. 27), nommés par le roi; leur nombre était illimité : le roi pouvait « en varier les dignités, les nommer à vie ou les rendre héréditaires, suivant sa volonté ». Aux termes des articles 3 et 4 de l'Acte additionnel de 1815, la chambre des pairs était héréditaire; les pairs étaient nommés par l'empereur en nombre illimité. La loi du 29 décembre 1831 supprimait l'hérédité de la pairie et obligeait le roi à choisir les pairs, en nombre illimité d'ailleurs, parmi certaines notabilités. Le sénat impérial devenait une véritable assemblée législative par le sénatus consulte constituant du 21 mai 1870 : tous les membres en étaient nommés par l'empereur.

En Angleterre, le *Parliament Act* du 18 août 1911 est venu restreindre les pouvoirs de la chambre des

lords en matière législative et les a réduits à peu près à néant en matière financière. Mais il a laissé subsister telle quelle sa composition. La chambre des lords anglaise est presque exclusivement héréditaire. Les lords spirituels ne siègent à la chambre haute qu'à titre viager. Seize pairs écossais sont élus à chaque législature et vingt-huit pairs d'Irlande sont élus à vie.

La question de la chambre des lords est toujours à l'ordre du jour en Angleterre. Une commission est saisie d'un projet de réforme, et en 1918 on a publié un rapport très intéressant de Lord Bryce, son président, sous forme d'une lettre adressée au premier ministre. Le principe de la réforme envisagée est la suppression de la pairie héréditaire et la nomination de la totalité ou de la majorité de la chambre haute par la chambre des communes.

On trouvera beaucoup de détails dans Esmein, *Droit constitutionnel*, 7e édit., I, p. 103 et s.; *La chambre des lords et la démocratie, Séances de l'Académie des sciences morales et politiques*, LXXIX, p. 473, tirage à part. Cf. Weinstein, *Les conflits des chambres en Angleterre et en France*, thèse Paris, 1910, et surtout Walter Rice Sharp, *Le problème de la seconde chambre et la démocratie moderne*, thèse Bordeaux, 1922.

En Italie, les membres du sénat sont toujours nommés par le roi. Depuis 1910, les chambres sont saisies d'un projet de réforme du sénat; mais il n'a pas encore abouti.

En Belgique, la constitution revisée en 1921 a donné au sénat la composition suivante : 1° membres élus à raison de la population de chaque province dans les mêmes conditions que les membres de la chambre des représentants, par conséquent, à la représentation proportionnelle; 2° membres élus par les conseils provinciaux dans la proportion d'un sénateur par 200.000 habitants, tout excédent de 125.000 habitants au moins donnant droit à un sénateur de plus et chaque conseil

provincial nommant au moins trois sénateurs; 3° membres élus par le sénat à concurrence de la moitié du nombre des sénateurs élus par les conseils provinciaux, ce nombre étant majoré d'une unité s'il est impair. Cette dernière catégorie de sénateurs sont élus par les sénateurs nommés au suffrage universel et par ceux nommés par les conseils provinciaux. Les sénateurs *cooptés* et les sénateurs élus par les conseils provinciaux sont élus d'après le système de la représentation proportionnelle. Le nombre des sénateurs élus directement par le corps électoral est égal à la moitié du nombre des membres de la chambre des représentants.

Les sénateurs sont élus pour quatre ans. Le sénat est renouvelé intégralement tous les quatre ans. Nul ne peut être élu sénateur s'il n'est âgé de 40 ans. D'autre part, pour pouvoir être élu sénateur par le suffrage universel et direct, il faut appartenir à une des catégories énumérées limitativement par l'article 60 *bis* de la constitution, dont je cite quelques-unes à titre d'exemple : les ministres et anciens ministres, les membres et anciens membres du sénat et de la chambre des représentants, les porteurs d'un diplôme de fin d'études délivré par un établissement d'enseignement supérieur dont l'État détermine la liste, les anciens officiers supérieurs de l'armée et de la marine, les membres et anciens membres titulaires des tribunaux de commerce, les anciens gouverneurs de province, les bourgmestres et anciens bourgmestres, échevins et anciens échevins de communes chefs-lieux d'arrondissement ou de celles ayant plus de 4.000 habitants, etc...

Les dispositions des articles 53 à 59 de la constitution belge revisée, qui règlent la composition du sénat, ont été préparées par une grande commission comprenant, outre un certain nombre de sénateurs, vingt membres choisis parmi des sommités de la Belgique, et qui délibéra sous la présidence de M. Favereau, président du sénat. Elle prit pour base de ses délibérations un

projet préparé par M. Goblet d'Alviella. Sur les discussions qui ont précédé la réforme du sénat belge, cons. le livre très intéressant de M. J. Smets, *La réforme du Sénat*, 1919 (Publication de l'Institut Solvay).

Dans la théorie française de la représentation (§ 39), il est absolument impossible d'attribuer le caractère représentatif à une assemblée non élue. Le mandat représentatif de l'assemblée est donné, non point par les circonscriptions électorales au député pris individuellement, mais par la nation-personne tout entière à l'assemblée prise en corps. Il faut donc, pour qu'il y ait représentation, que la nation intervienne sous une forme quelconque dans la nomination de l'assemblée. Il n'est pas nécessaire que tous les membres de la nation interviennent, ni même qu'ils puissent intervenir; il suffit que cette volonté nationale soit exprimée par un certain nombre de personnes considérées comme seules capables de l'exprimer exactement. Mais encore faut-il que ce soient des individus, faisant partie de la nation elle-même, qui fassent la désignation des membres composant l'assemblée, si l'on veut avoir une assemblée représentative. Le roi, pourrait-on dire, fait partie de la nation; il est, disait-on en 1789, dans la nation; par conséquent, il exprime légitimement et logiquement la volonté de la nation, et l'assemblée créée par lui peut être une assemblée représentative au même titre qu'une assemblée élue.

Ce raisonnement ne vaut pas. De deux choses l'une : ou le roi a un pouvoir personnel en dehors de toute délégation à lui donnée par la nation, alors on ne peut pas dire que le roi soit dans la nation et comme tel exprime la volonté de la nation; Louis XVIII et Charles X, qui affirmaient que leur droit royal était antérieur et supérieur à la nation, ne faisaient pas partie de la nation, et la chambre des pairs, nommée par eux, ne pouvait pas être considérée comme formée par la nation exprimant

sa volonté par l'organe du roi. Ou au contraire le roi n'a de pouvoir que celui que lui donne la nation, tel Louis-Philippe, en 1830, roi des Français, par la volonté nationale; alors, ou bien il est simplement un agent de la nation, n'exprime pas la volonté de la nation et, par conséquent, ne peut créer une assemblée représentative de la volonté nationale; ou bien il est représentant de la nation (cf. const. de 1791, tit. III, pr., art. 2); mais alors il n'est plus dans la nation, et on ne peut pas dire que l'assemblée qu'il nomme dérive de la nation elle-même. On reconnaît toutefois qu'à l'extrême rigueur on pourrait soutenir qu'une assemblée nommée par un chef d'État, considéré comme étant lui-même représentant de la nation, a le caractère représentatif, le roi exprimant alors la volonté même de la nation.

La question des deux chambres. — Aujourd'hui, dans la plupart des pays, les parlements se composent de deux chambres. Parfois une seule des deux chambres est élective; le plus souvent, les deux chambres sont élues, mais élues avec un mode de suffrage différent. Tantôt les deux chambres ont les mêmes pouvoirs, tantôt elles ont des pouvoirs différents. Peu importe le fait capital et général, c'est la coexistence de deux chambres dans le même parlement; c'est, suivant l'expression consacrée, la dualité du parlement.

En France, la première constitution qui ait créé deux chambres est la constitution de l'an III : « Le corps législatif est composé d'un conseil des anciens et d'un conseil des cinq cents » (art. 44). Le mode d'élection des deux conseils était le même; ils étaient renouvelables tous les ans par tiers (art. 41 et 53). L'initiative et la priorité des lois appartenaient aux cinq cents (art. 76). Le conseil des anciens ne pouvait qu'accepter ou repousser la loi en bloc (art. 86).

La constitution de l'an VIII créait plusieurs corps

associés à la confection des lois, le conseil d'État, le tribunat, le corps législatif; seul ce dernier était une chambre législative. Le sénat n'était pas une assemblée législative, mais seulement un sénat conservateur de la constitution.

La constitution sénatoriale de 1814, les chartes de 1814 et 1830 et l'Acte additionnel de 1815 créent deux chambres dont une seule élective. Toutes deux participent dans les mêmes conditions au vote et à la discussion des lois ordinaires; pour les lois de finances, la priorité d'après la charte de 1814 (art. 17), l'initiative et la priorité d'après la charte de 1830 (art. 15) appartiennent à la chambre des députés. C'est la règle traditionnelle de l'Angleterre, qui réserve à la chambre élective, la chambre des communes, l'initiative et la priorité en matière financière.

La constitution de 1852 ne créait qu'une seule assemblée législative. Le sénat impérial ne devient une seconde chambre que par le sénatus-consulte constituant du 21 mai 1870. L'Assemblée nationale de 1871, dès le 13 mars 1873, déclarait qu'elle ne se séparerait pas avant d'avoir statué sur la création et les attributions d'une seconde chambre (L. 13 mars 1873, art. 5, n° 2). Elle faisait ainsi de la dualité du parlement un principe de la constitution qu'elle se disposait à voter. Le sénat et la chambre des députés sont deux assemblées électives, ayant un mode de recrutement différent; ils participent de la même manière à la confection des lois. Le sénat n'a ni l'initiative, ni la priorité en matière financière (LL. const. 25 février 1875, art. 1er et 24 février, art. 8). Cf. pour le détail le tome IV.

Dans la plupart des pays étrangers qui pratiquent le régime représentatif, le parlement est divisé en deux chambres. Seuls le grand-duché de Luxembourg, la Grèce, le royaume des Serbes, Croates et Slovènes (la

Serbie agrandie), la Prusse (constitution du 30 novembre 1920) en Europe, les provinces d'Ontario, du Manitoba et de la Colombie britannique au Dominion du Canada ont une seule chambre. Le Mexique, l'Équateur, le Pérou et la Bolivie sont revenus au système des deux chambres après avoir pratiqué quelque temps le système de la chambre unique.

La Serbie, au contraire, après avoir établi deux chambres, est revenue à son système antérieur de l'unité parlementaire dans des circonstances qu'il n'est pas inutile de rapporter. La constitution serbe des 6-19 avril 1901 (art. 70-75) créa à côté de la *Skoupchtina* une seconde chambre, le sénat, composée de membres élus, de membres de droit et de membres nommés par le roi. Mais après le meurtre du roi Alexandre et de la reine Draga (28-29 mai 1903), la représentation nationale (Skoupchtina et le sénat), élue sous le régime de la constitution de 1901, s'est réunie à Belgrade (2 juin 1903) pour élire le nouveau roi (Pierre Karageorgevitch) et remplaça le 5 juin la constitution de 1901 par une constitution nouvelle, qui, à peu de chose près, était identique à la constitution de 1888 connue sous le nom de *constitution radicale*, et ainsi il n'y eut plus de sénat, mais seulement une chambre unique, la Skoupchtina. La constitution du royaume des Serbes, des Croates et des Slovènes du 28 juin 1921 a maintenu le système d'une chambre unique.

Constitution du 5 juin 1903, *Annuaire de législation étrangère*, 1904, p. 601, et note de M. Peritch, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1903, p. 436. Le texte de la constitution de 1921 a été inséré dans les *Documents étrangers* publiés par le ministère des affaires étrangères (n° 29).

L'Espagne a fait une place notable dans sa législation électorale à la représentation professionnelle. Son sénat se compose : 1° de sénateurs de droit; 2° de sénateurs nommés à vie par la couronne; 3° de 180 sénateurs élus

pour dix ans (renouvelables par moitié tous les cinq ans); sur ces 180 sénateurs élus, 150 sont élus par les députations provinciales et par des délégués des communes; les autres sont élus par les archevêques, évêques et chapitres de chacune des provinces, par les universités et par les sociétés économiques qui réunissent certaines conditions.

Constitution espagnole, 30 juin 1876, *Annuaire de législation étrangère,* 1877, p. 418; Loi électorale du sénat, 8 février 1877, *ibid.,* 1878, p. 430.

On sait qu'en France, d'après la loi du 9 décembre 1884 qui a remplacé la loi constitutionnelle du 24 février 1875 déconstitutionnalisée par la loi constitutionnelle du 14 août 1884, les sénateurs sont élus dans chaque département par les députés, les conseillers généraux, les conseillers d'arrondissement du département et par les délégués des conseils municipaux, chaque conseil municipal nommant un nombre de délégués variant en raison du nombre des conseillers municipaux. Ce système électoral sera étudié en détails au tome IV. Plusieurs pays ont adopté un système analogue, notamment la Suède, la Hollande et l'Espagne. On a vu plus haut que la Belgique a adopté un système qui combine l'élection des sénateurs par le suffrage direct et universel, l'élection par les conseils provinciaux avec la cooptation.

Dans les pays fédéraux, la question des deux chambres se pose dans des conditions particulières. Quelle que soit la théorie juridique qu'on admette sur la nature interne des États fédéraux, il est incontestable qu'il y a chez eux deux forces gouvernantes distinctes, dont chacune doit avoir sa représentation propre au parlement : d'une part, la population, les individus citoyens de l'État fédéral, et d'autre part, les unités politiques plus ou moins autonomes dont la réunion forme la fédération. Le parlement sera donc logiquement composé de

deux chambres dont l'une représentera la population fédérale, c'est-à-dire l'ensemble des citoyens de l'État fédéral, et dont l'autre sera la représentation des unités politiques autonomes, quel que soit le nom qu'on leur donne, qui forment la fédération. Il reste à savoir comment les membres de la chambre représentant les États composants seront élus, soit par les citoyens de chaque État, soit par les gouvernements ou les parlements de chacun des États membres. Sur ce point, les systèmes varient ; mais dans tous les États fédéraux la dualité du parlement apparaît avec le caractère que j'indique, ce caractère étant d'ailleurs plus ou moins accusé.

Il convient de remarquer que dans les États unitaires, ce système n'aurait pas sa raison d'être. M. Dufaure se trompait assurément quand il proposait en 1873 (*Projet* de loi constitutionnelle déposé le 19 mai 1873) de composer le sénat de trois sénateurs élus par chaque département. Nos départements sont de pures divisions administratives sans analogie avec les États de la fédération américaine ou les cantons suisses. On verra plus loin que la vraie solution du problème des deux chambres réside dans un système qui assure dans l'une la représentation des individus et dans l'autre la représentation des groupes sociaux ou la représentation professionnelle.

Aux États-Unis, la chambre des représentants représente les individus, et chaque État y élit, d'après ses lois électorales propres, un nombre de députés qui varie suivant sa population. Quant au sénat américain, il se compose de deux sénateurs par État, quelle que soit sa population. Ils étaient élus pour six ans par la législature de chaque État (constitution américaine, art. 1er, sect. III, § 1). Mais depuis 1914 est entré en vigueur le 17e amendement à la constitution fédérale, aux termes duquel dans chaque État les deux sénateurs envoyés au

sénat fédéral sont élus par le suffrage populaire direct et non plus par la législature.

La Suisse, pour les mêmes raisons, a adopté le système américain. Des deux chambres fédérales, l'une, le conseil national, représente les individus, l'autre, le conseil des États, les cantons, dont chacun nomme deux députés, quelle que soit sa population.

D'après la constitution de la *Commonwealth australienne,* fondée sur le principe fédéral, chaque État originaire nomme deux sénateurs, quelle que soit sa population, et le parlement, qui peut augmenter ou diminuer le nombre des sénateurs, doit toujours maintenir une représentation égale des États au sénat. Dans chaque État, sénateurs et représentants sont nommés par les mêmes électeurs.

Constitution 9 juillet 1900, art. 7, *Annuaire législation étrangère,* 1901, p. 762, et texte avec un commentaire de M. Picard, *Revue politique et parlementaire,* mai 1901, p. 353.

On trouvera beaucoup de renseignements sur l'évolution de la seconde chambre dans les États fédéraux, et particulièrement aux États-Unis et en Australie, dans le livre déjà cité et très intéressant de M. Walter Rice Sharp, *Le problème de la seconde chambre et la démocratie moderne,* thèse Bordeaux, 1922.

L'article 24 de la constitution fédérale autrichienne du 1er octobre 1920 porte : « Le pouvoir législatif de la Fédération est exercé par le conseil national élu par le peuple entier de la Fédération, en commun avec le conseil fédéral élu par les Diètes. » Cependant les Pays composant la fédération n'ont pas tous le même nombre de représentants. Ils sont représentés au conseil fédéral proportionnellement au nombre de leurs habitants suivant des règles assez compliquées déterminées par l'article 34 de la constitution.

V. le texte de la constitution autrichienne du 1er octobre 1920, *Revue du droit public,* 1921, p. 260.

D'après la constitution fédérale allemande de 1871, à côté du Reichstag, assemblée nationale élue au suffrage

universel par tous les citoyens de l'Empire allemand, existait le Bundesrath ou conseil fédéral composé de membres désignés par les gouvernements de chacun des États membres de l'Empire allemand et dans lequel la Prusse avait 17 voix sur 58. Les juristes discutaient la question de savoir si le Bundesrath était une seconde assemblée législative à côté du Reichstag ou une sorte de congrès diplomatique composé des envoyés de chaque État, pour délibérer sur les affaires communes. D'après Laband, le Bundesrath avait deux caractères résultant de ses origines historiques : le Bundesrath servait d'un côté à exercer et à faire valoir les *droits de membre* des États particuliers, et d'un autre côté il était un organe de l'Empire. Cependant, d'après le savant auteur, on ne pouvait le comparer à une chambre haute ; il était en contradiction violente avec toute espèce de corps parlementaire, parce que les membres du Bundesrath votaient conformément aux instructions reçues de leurs gouvernements respectifs, auxquels ils devaient rendre compte de leur vote (*Droit public,* édition française, 1900, I, p. 355 et 356).

La constitution républicaine allemande du 11 août 1919 a maintenu le Reichstag élu au suffrage universel et direct du Reich tout entier, les femmes ayant les mêmes droits électoraux que les hommes (Cf. *supra,* § 37). Elle a remplacé le Bundesrath de la constitution impériale par un Reichsrath. Chaque Pays y a une voix au moins ; et une voix pour chaque million d'habitants appartient, en outre, aux Pays les plus importants. Toutefois, aucun Pays ne peut être représenté par plus d'un cinquième de l'ensemble des voix. Les Pays sont représentés au Reichsrath par les membres de leur gouvernement. Cependant la moitié des voix prussiennes doivent être désignées par les administrations provinciales prussiennes. Les Pays envoient au Reichsrath autant de représentants qu'ils ont de voix.

La même question se pose pour le Reichsrath de la constitution républicaine que pour le Bundesrath de la constitution impériale. Il semble que la même réponse doit être faite. Le projet de constitution rédigé par Preuss proposait de créer une chambre des États qui aurait représenté la population de chaque Pays et formé une seconde assemblée législative à côté du Reichstag. Les constituants de Weimar n'acceptèrent pas ce système qui aurait été encore un élément de centralisation politique. Ils voulurent maintenir dans une certaine mesure l'ancienne idée de confédération et créèrent le Reichsrath sur le modèle de l'ancien Bundesrath pour représenter les gouvernements des Pays. Mais ses pouvoirs sont bien moins étendus. A la différence du Bundesrath, il n'a qu'un pouvoir très restreint de participation à l'œuvre législative et ne possède aucun pouvoir réglementaire.

V. la constitution allemande du 11 août 1919, art. 60 et 67. — Cons. R. Brunet, *La constitution allemande du 11 août 1919*, 1921; J. Dubois, *La constitution allemande de 1919*, avec une préface de Larnaude, 1920; Errera, *La nouvelle constitution de l'Empire allemand, Revue du droit public*, 1920, p. 138 et s. et la bibliographie donnée à la page 122.

L'exposé qui précède montre que la dualité du parlement est un fait d'une généralité telle qu'il répond incontestablement à une nécessité politique indiscutable. Il y a en effet dans l'existence de deux chambres se limitant réciproquement, une garantie sérieuse et indispensable contre les empiétements du parlement.

Montesquieu avait dit très justement, en parlant de la constitution d'Angleterre : « Le corps législatif y étant composé de deux parties, l'une enchaînera l'autre par sa faculté mutuelle d'empêcher » (*Esprit des lois*, liv. XI, chap. VI). La tyrannie d'une assemblée élue est aussi redoutable que celle d'un prince héréditaire. Les constitutions ont d'abord été faites pour protéger l'in-

dividu contre l'arbitraire royal, et pour cela on a donné la prépondérance dans l'État à un parlement élu. Mais l'élection n'est point une garantie suffisante que le parlement n'excédera pas ses pouvoirs. Le meilleur procédé qu'on ait encore trouvé pour éviter dans la mesure du possible la tyrannie parlementaire, c'est de créer deux assemblées dont le concours sera nécessaire pour le vote des lois et du budget et qui se limiteront ainsi réciproquement. L'exemple de la Convention en France montre ce que peut être la tyrannie d'une assemblée, et je ne suppose pas qu'on ose l'invoquer en faveur de l'unité du parlement.

Cependant le système de la dualité a rencontré de tout temps des objections d'ordres divers et des adversaires très convaincus.

On a fait d'abord une objection tirée de la nature même de la souveraineté : la souveraineté, a-t-on dit, est la volonté nationale ; la volonté nationale est *une* et *indivisible* dans son essence ; elle ne peut être divisée dans sa représentation ; il serait contradictoire de lui donner deux organes de représentation.

Ce raisonnement a été fait dès 1789. Les *constitutionnels,* par l'organe de Mounier, demandaient deux chambres (31 août 1789). Dans la séance du 10 septembre 1789, à une très forte majorité, l'Assemblée vota le principe de l'unité du corps législatif (Const. de 1791, tit. III, chap. I, pr., art. 1er). L'argument tiré de l'unité de la souveraineté fut très nettement exposé par Rabaud-Saint-Étienne. « Mais, disait-il, le souverain est une chose une et simple, puisque c'est la collection de tous sans en excepter un seul ; donc le pouvoir législatif est un et simple, le souverain ne peut pas être divisé, car il n'y a pas plus deux ou trois ou quatre pouvoirs législatifs qu'il n'y a deux ou trois ou quatre souverains. Et au rebours et par conséquent si vous divisez le pouvoir

législatif en deux ou trois, vous divisez le souverain en deux ou trois, chose qui n'est pas au pouvoir des hommes, car ils ne peuvent pas faire que le souverain, qui est nécessairement la collection de tous en un, soit autre chose que la collection de tous en un » (*Archives parlementaires*, 1re série, VIII, p. 569).

On fit valoir un autre argument qui a été souvent reproduit depuis, mais qui en 1789 avait naturellement une grande force. On disait : ou bien les deux assemblées auront un même mode de recrutement, alors l'une d'elles est inutile ; ou bien elles auront un mode de recrutement différent, et l'une d'elles deviendra un véritable corps aristocratique. « Si les deux chambres ont la même formation, disait Mathieu de Montmorency, l'une d'elles devient inutile, puisqu'elle ne serait plus qu'un bureau nécessairement toujours influencé par l'autre. Si leur formation n'est pas la même et qu'on adopte l'idée d'un sénat, il établira l'aristocratie et conduira à l'asservissement du peuple » (*ibid.*, VIII, p. 585). L'article 1er du préambule du chapitre I du titre III de la constitution de 1791 : « L'assemblée nationale formant le corps législatif... n'est composée que d'une chambre », fut voté à une grande majorité.

L'argument tiré de l'unité de la souveraineté a été reproduit en 1848 ; et c'est convaincue par cet argument que l'Assemblée constituante vota le principe de l'unité du parlement (Const. de 1848, art. 20). Armand Marrast, rapporteur de la commission de constitution, qui proposait le texte devenu l'article 20, avait écrit dans son rapport : « La souveraineté est une, la nation est une, la volonté nationale est une. Comment donc voudrait-on que la délégation de la souveraineté ne fût pas unique, que la représentation nationale fût coupée en deux, que la loi émanant de la volonté générale fût obligée d'avoir deux expressions pour une même pensée ? » (*Moniteur*, 31 août 1848, p. 2237).

L'existence de deux chambres n'est point incompatible avec l'unité et l'indivisibilité de la souveraineté. Si l'on admet que la souveraineté est la volonté même de la nation, certainement elle ne peut pas être fragmentée, et ses divers éléments ne peuvent pas être délégués séparément à des organes distincts; la séparation des pouvoirs, au sens rigoureux de l'expression, telle qu'on l'entendait en 1789-1791 et peut-être encore en 1848, est logiquement impossible (cf. § 41). Mais la création de deux chambres n'implique aucunement, à la différence de la séparation des pouvoirs, le morcellement de la souveraineté dans sa représentation. En effet, malgré la dualité des chambres, le parlement reste *un*; il est complexe dans sa structure, mais il est *un* en son essence, et la délégation n'est donnée qu'à un seul organe. Le parlement est composé d'individus; on ne dira pas que la représentation est divisée entre autant d'individus qu'il y a de membres du parlement; on ne peut pas dire davantage que la représentation est coupée en deux, parce que les membres du parlement sont groupés en deux chambres. En créant deux chambres, on ne distingue point deux volontés dans le peuple; on donne seulement à l'organe *un* de représentation une structure interne qui paraît devoir lui permettre de remplir plus utilement sa fonction.

Les partisans de l'unité du parlement, reconnaissant aujourd'hui que l'argument théorique n'a pas grande valeur, font valoir des raisons d'ordre pratique. Ils font d'abord observer que la division rend possibles des conflits entre les deux chambres, que ces conflits peuvent affaiblir le parlement, le rendre impuissant devant un pouvoir exécutif entreprenant, d'autre part, peuvent retarder des réformes heureuses, et même entraver le fonctionnement du gouvernement.

A ces arguments, les faits répondent d'eux-mêmes.

L'unité du parlement, consacrée par la constitution de 1848, n'empêcha point le coup d'État du 2 décembre 1851, moins de trois ans après la mise en application de la constitution. Malgré la dualité du parlement créée par les lois constitutionnelles de 1875, la lettre de la constitution n'a pas été violée une seule fois depuis quarante-sept ans. Si, pendant cette durée, l'un des pouvoirs a grandi au détriment de l'autre, ce n'est pas assurément le pouvoir exécutif. Quant au danger d'un conflit entre les deux chambres, assez grave pour provoquer l'anarchie, il est purement chimérique. Le plus souvent, le conflit se termine par une transaction fondée sur des concessions réciproques, et ce régime de transaction est le propre des gouvernements modérés. Sans doute, dans ces transactions, la logique pure n'est pas toujours satisfaite ; mais si la liberté est respectée et si les affaires du pays sont bien gérées, cela suffit.

Au reste, à défaut de transaction, il est un moyen légal de résoudre les conflits parlementaires qu'aucun législateur prudent ne doit omettre d'inscrire dans la constitution (le législateur de 1848 a commis la grande faute de l'oublier), c'est la dissolution d'une des chambres ou des deux chambres, le corps électoral, le souverain étant ainsi appelé à juger le conflit, tous les corps de l'État devant se soumettre à son verdict sans appel. Cf. § 50 et t. IV. On a dit aussi que la présence de deux chambres peut avoir pour effet de retarder considérablement l'œuvre législative. C'est possible, et je m'en félicite ; car l'important, pour un pays, n'est point d'avoir beaucoup de lois, mais d'avoir de bonnes lois. Or, certainement, l'expérience le prouve, les lois sont mieux faites par deux chambres que par une seule.

L'argument qui semble avoir frappé certains esprits est celui que formulait déjà Mathieu de Montmorency

en 1789, et qui consiste à dire : ou bien les deux chambres auront le même mode de recrutement, et alors l'une d'elles est inutile; ou bien les deux chambres auront un mode de recrutement différent, et alors l'une d'elles seulement pourra prétendre représenter exactement la volonté nationale.

Cet argument ne porte pas plus que les précédents. Assurément, les deux chambres ne peuvent pas, ne doivent pas avoir le même mode de recrutement. Peut-être pourrait-il se faire que, bien que recrutées de la même manière, les deux chambres eussent un esprit, des tendances différents; mais il serait à craindre qu'ils répondissent plutôt à des rivalités de personnes ou de partis qu'à des conceptions générales différentes des intérêts du pays. Assurément aussi, si l'une des deux chambres est héréditaire, si elle est nommée par le chef de l'État, si elle est élue à un suffrage restreint, ou si même élue au suffrage universel, le choix des électeurs ne peut porter que sur des citoyens appartenant à certaines catégories, on peut dire très justement qu'une assemblée ainsi recrutée ne représente pas la volonté nationale, et que dans un pays démocratique elle est une contradiction. Mais on peut trouver un système qui, tout en donnant aux deux chambres un mode de recrutement différent, fasse des deux chambres une représentation du pays. Par exemple, l'une des chambres peut être élue au suffrage universel direct, et l'autre au suffrage universel à deux ou plusieurs degrés; l'une et l'autre peuvent alors prétendre représenter la volonté nationale; seulement, dans l'une des chambres, la sélection sera plus grande que dans l'autre, et cette chambre sera naturellement appelée à exercer une action modératrice indispensable dans tout gouvernement.

Mais telle n'est point cependant, à mon avis, la vraie

solution du problème. On discute les mérites respectifs du suffrage direct et du suffrage à deux degrés; en vérité, on ne peut donner une solution générale, mais seulement une solution relative dépendant du degré de culture et de l'esprit politique du pays considéré. Quoi qu'il en soit, celui des deux modes de suffrages qui est reconnu le meilleur, soit absolument, soit dans le pays considéré, doit être appliqué aux deux chambres; il n'y a pas de raison de ne l'appliquer qu'à une seule, car alors le mode de nomination de celle-ci serait bon, et celui de l'autre défectueux.

On aperçoit la vraie solution du problème si l'on comprend qu'une société, une nation, se compose non seulement d'individus, mais encore de groupes d'individus qui constituent autant d'éléments sociaux distincts des individus : les groupes communaux, familiaux, les associations ouvrières, agricoles, industrielles, commerciales, scientifiques et même religieuses. Si l'on veut que le parlement soit une exacte représentation du pays, il faut qu'il soit composé de deux chambres, dont l'une représentera plus particulièrement les individus (la chambre des députés) et dont l'autre (le sénat) représentera plus particulièrement les groupes sociaux, suivant un système que l'art politique saura déterminer pour chaque pays. Les deux chambres ont alors un mode de recrutement démocratique, national; le parlement contient alors tous les éléments constitutifs du pays; il est véritablement un organe de représentation.

Cette idée a été nettement exprimée à la chambre des députés par M. l'abbé Lemire dès le 16 mars 1894 : « Le sénat, disait-il, est issu d'un mode de votation trop analogue au nôtre... A côté de la chambre des députés, issue du suffrage universel direct, je voudrais une autre chambre nommée par les divers états, professions, corps de métiers... Cette assemblée mettrait, à côté de la

représentation numérique que nous avons, la représentation professionnelle que nous n'avons pas et que l'on demande de toutes parts. L'une contrôlerait l'autre ; et nous aurions de la sorte une constitution vraiment démocratique. » L'éminent député a repris la même idée dans son discours à la chambre le 21 octobre 1919. Elle a été aussi défendue par M. Marc Sangnier dans la séance du 21 mai 1920 et elle ne rencontre plus les résistances qu'elle soulevait avant la guerre (Cf. § 46).

Jenks justifie d'une manière analogue l'institution des deux chambres dans les pays démocratiques modernes, où les questions économiques sont des questions primordiales. Ayant en vue la constitution de l'État de Victoria (Australie), il écrit : « En termes généraux, le conseil législatif est l'organe du capital... Les traits opposés qui caractérisent l'assemblée législative font... de celle-ci le porte-voix du travail. Et comme il est évidemment nécessaire que chacun de ces deux grands partis soit dûment représenté dans le gouvernement du pays, l'état de choses actuel est satisfaisant dans une certaine mesure » (*The government of Victoria*, 1891).

Cf. mes études sur l'*Élection des sénateurs*, *Revue politique et parlementaire*, 1895, II, p. 460 et s., et *La représentation syndicale au parlement*, *Revue politique et parlementaire*, juillet 1911 (tirage à part). Cf. *infra*, § 46, *La représentation professionnelle ;* Carrière, *La représentation des intérêts professionnels et l'importance des éléments professionnels dans l'évolution et le gouvernement des peuples*, 1919.

§ 44. — *Les parlements. Leur nomination.*

Si, dans quelques pays, une des parties du parlement est héréditaire ou nommée par le prince, dans tous les pays l'une des chambres et, dans la plupart, les deux chambres sont élues.

On a montré aux paragraphes 36 et 37 qu'aujourd'hui

presque tous les pays pratiquent le suffrage universel. Ici, je veux seulement rechercher comment le suffrage, restreint ou universel, intervient en général et doit intervenir pour la nomination des membres du parlement, organe de représentation.

Suffrage direct ou indirect. — La première question qui se pose est celle de savoir si le suffrage doit être *direct* ou *indirect,* à deux ou à plusieurs degrés. La plupart des pays pratiquent aujourd'hui, au moins pour la chambre basse, le suffrage direct.

Nos assemblées de l'époque révolutionnaire, au contraire, préféraient le suffrage à deux degrés. On sait que la constitution de 1791 (tit. III, chap. I, sect. II-V) organisait des *assemblées primaires* de canton, qui nommaient des assemblées électorales, lesquelles nommaient les membres du corps législatif, les magistrats et les administrateurs de département et de district. Les membres des assemblées municipales et les juges de paix étaient seuls nommés directement par les assemblées primaires. L'Assemblée législative, par son décret du 10 août 1792, supprima la distinction des citoyens actifs et passifs, mais maintint le vote à deux degrés, et la Convention fut bien élue au suffrage universel, mais au suffrage à deux degrés.

La constitution de 1793 institua le suffrage direct pour l'élection des législateurs, mais elle conserva l'élection à deux degrés des administrateurs de département et de district, des arbitres publics et des juges criminels (Const. de 1793, art. 8, 80, 91 et 97). Avec la constitution de l'an III, la Convention revient au système général du suffrage à deux degrés; les assemblées électorales, élues par les assemblées primaires, élisent les membres du corps législatif, les membres du tribunal de cassation, les hauts jurés, les administrateurs de département, les président, accusateur public et greffier

du tribunal criminel, les juges des tribunaux civils (Const. an III, art. 41). Les juges de paix et les officiers municipaux étaient seuls nommés au suffrage direct.

L'expérience du suffrage à deux degrés faite pendant le Directoire, en application de la constitution de l'an III, n'est certainement pas favorable à ce mode de votation. On peut dire, il est vrai, que pendant cette période le fonctionnement de ce système a été faussé par diverses circonstances extérieures et que l'expérience ne s'est point faite dans des conditions normales. Le système du vote à deux degrés n'est point contraire au principe démocratique. On a montré au paragraphe 36 que le principe de la souveraineté nationale n'implique même pas le suffrage universel; *a fortiori* n'implique-t-il pas le suffrage direct. Je crois que la solution de la question ne peut être donnée d'une manière absolue, et dépend des circonstances, des mœurs du pays, et surtout de son degré de culture et de sagesse politique. Il est hors de doute que le suffrage indirect assure une meilleure sélection, atténue l'ardeur des luttes électorales, évite les entraînements irréfléchis. Par conséquent, dans les pays où l'instruction est peu répandue, où l'éducation politique est encore peu développée, il sera prudent d'établir le suffrage à deux degrés.

Que décider pour la France? On ne saurait méconnaître que chez nous la question n'est pas entière. Par un étrange abus de mots, suffrage universel et suffrage direct, suffrage restreint et suffrage à deux degrés sont devenus des expressions synonymes. Qui parlerait d'établir le suffrage à deux degrés, serait accusé de vouloir supprimer le suffrage universel. Je crois, d'ailleurs, que dans notre pays l'instruction est assez répandue et même l'éducation politique assez développée pour que les citoyens puissent voter directement. De plus, l'application du suffrage à deux degrés au

sénat ne paraît pas avoir produit une sélection très grande dans cette assemblée, dont le niveau intellectuel est plutôt inférieur à celui de la chambre. Il convient de dire que la loi électorale du sénat a faussé le système du suffrage à deux degrés en donnant l'électorat sénatorial, non pas à des électeurs spécialement élus à cet effet, mais aux membres d'assemblées administratives élues ou à leurs délégués.

Scrutin de liste et scrutin uninominal. — Le corps électoral, quel qu'il soit, ne peut évidemment former un collège électoral unique. Dans les grands pays qui comptent plus de dix millions d'électeurs, comme la France, il y a une impossibilité matérielle à cela. On est donc obligé de diviser le pays en circonscriptions électorales, qui nommeront chacune un certain nombre de députés. Cette nécessité matérielle a fait naître la question depuis longtemps très discutée du scrutin de liste et du scrutin uninominal. Le pays sera-t-il divisé en un certain nombre de petites circonscriptions ne nommant chacune qu'un seul député? Ou au contraire en circonscriptions plus étendues, qui chacune nommeront un certain nombre de députés, chaque électeur pouvant porter sur son bulletin de vote autant de noms que de députés à élire par la circonscription à laquelle il appartient?

En France, la question s'est surtout posée et, suivant quelques esprits, se pose encore pour la chambre des députés. Comme les lois qui ont établi le scrutin de liste ont pris pour base des divisions électorales le département, et que celles qui ont établi le scrutin uninominal ont fixé les divisions électorales sur la base des arrondissements, la question est souvent appelée question du scrutin de département et du scrutin d'arrondissement.

En 1848, la constitution, qui consacrait pour la pre-

mière fois en France le principe du suffrage direct et universel, maintenait le système établi par le décret du gouvernement provisoire du 5 mars et décidait que l'élection des représentants se ferait par département et au scrutin de liste (art. 30). La loi électorale du 15 mars 1849 en réglait le fonctionnement. Le scrutin de liste était alors considéré par le parti républicain tout entier comme la condition essentielle de la sincérité des élections.

Les auteurs de la constitution de 1852, voulant assurer l'action directe du gouvernement sur le corps électoral, établirent le scrutin uninominal (art. 36). Le gouvernement pouvait même fixer à son gré les limites des circonscriptions électorales (cf. le décret organique et le décret réglementaire du 2 février 1852). Le scrutin uninominal était d'ailleurs une des *cinq bases* de la proclamation du 2 décembre 1851 : « ..... 4° Un corps législatif... nommé par le suffrage universel, sans scrutin de liste qui fausse l'élection. »

Après le 4 septembre, le décret du gouvernement de la défense nationale du 29 janvier convoque les électeurs à l'effet de nommer une assemblée nationale et décide que les élections se feront conformément à la loi électorale du 15 mars 1849, c'est-à-dire, suivant le principe républicain, au scrutin de liste. Dans son projet de loi électorale, la deuxième commission des Trente proposait en 1875 l'établissement du scrutin de liste ; il fut défendu devant l'assemblée par M. Ricard et par Gambetta au nom des principes républicains (*Annales de l'Assemblée nationale de 1871*, XLII, p. 111 et 134). Mais combattu par le gouvernement, il est repoussé, et la chambre vote un amendement de M. Lefèvre-Pontalis, qui devient l'article 14 de la loi du 30 novembre 1875, établissant le scrutin uninominal. Au mois de janvier 1882, le ministère Gambetta propose l'introduc-

tion dans la loi constitutionnelle du principe du scrutin de liste; mais Gambetta est renversé sur la question même de la revision constitutionnelle (27 janvier 1882). Cependant la loi du 16 juin 1885 supprime le scrutin uninominal, établit le scrutin de liste par département. Mais en 1889 (L. 13 février 1889), effrayé par les progrès du *boulangisme*, oubliant ses traditions et ses principes, le parti républicain rétablit le scrutin uninominal (système de l'art. 14 de la loi du 30 novembre 1875).

On peut dire que depuis l'échec du mouvement boulangiste, le rétablissement du scrutin de liste a été à l'ordre du jour de l'opinion et des chambres. Pendant la législature de 1902 à 1906, le parlement a été saisi de diverses propositions qui tendaient à combiner l'établissement du scrutin de liste avec la représentation proportionnelle. Après de nombreuses péripéties, qui remplirent deux législatures et dont on trouvera l'histoire détaillée dans les notices historiques qui précèdent la troisième édition des constitutions et lois politiques de la France que j'ai publiée en collaboration avec le savant et regretté doyen Monnier, les chambres se séparèrent le 15 juillet 1914 sans avoir modifié en quoi que ce soit notre législation électorale. Le 3 août, à 6 h. 45 du soir, l'Allemagne déclarait la guerre à la France.

Naturellement, pendant les cinquante-deux mois que dura la grande guerre, les chambres n'abordèrent pas en séance publique la question de la réforme électorale. Cependant dès le 19 décembre 1917, M. Dessoye, au nom de la commission du suffrage universel, déposait un rapport tendant à l'adoption d'un projet de loi établissant le scrutin de liste par département avec une part faite à la représentation proportionnelle (*J. off.*, 1918, *Doc. parl.*, Chambre, p. 2037). M. Dessoye déposait deux rapports supplémentaires le 30 janvier et

le 11 avril 1919 (*J. off.*, 1917, *Doc. parl.*, Chambre, p. 303 et s.). La discussion commença à la chambre le 14 mars 1919. Elle adoptait l'ensemble du projet le 18 avril 1919. Transmis au sénat, rapporté par M. Alexandre Bérard le 30 mai 1919 (*J. off.*, 1919, *Doc. parl.*, Sénat, p. 337), le projet était adopté avec quelques modifications par la haute assemblée le 26 juin 1919. Enfin le texte du sénat était adopté par la chambre le 8 juillet 1919 sur un nouveau rapport de M. Dessoye (*J. off.*,1919, *Doc. parl.*, Chambre, p. 2039).

C'est la loi actuellement en vigueur du 12 juillet 1919 portant modification aux lois organiques sur l'élection des députés et établissant le scrutin de liste avec représentation proportionnelle. Les deux articles essentiels de la loi sont les articles 1er et 10 ainsi conçus : « Les membres de la chambre des députés sont élus au scrutin de liste départemental. Tout candidat qui aura obtenu la majorité absolue est proclamé élu dans la limite des sièges à pourvoir. S'il reste des sièges à pourvoir, il sera procédé comme suit à leur répartition. » Cette répartition se fait par le système proportionnaliste du quotient électoral. Ce système sera expliqué au paragraphe suivant et le commentaire complet de la loi sera donné au tome IV, si du moins elle est encore en vigueur quand paraîtra ce volume.

Doit-on approuver le rétablissement du scrutin de liste ?

Il est hors de doute que celui des deux modes de scrutin qui s'harmonise le mieux avec la théorie française de la représentation politique, c'est le scrutin de liste. La conception française repose tout entière sur cette idée qu'il n'y a point de mandat donné par la circonscription aux députés qu'elle nomme, mais un mandat donné par la nation tout entière au parlement lui-même, que les députés ne sont point représentants

de la circonscription « mais de la nation tout entière » (Constitution de 1791, tit. III, chap. I, sect. III, art. 7). Par conséquent, les circonscriptions ne sont faites qu'à cause de l'impossibilité matérielle où l'on se trouve de réunir les électeurs en un seul collège électoral. On se rapprochera donc d'autant plus de la vérité que l'on partagera le pays en circonscriptions électorales plus grandes. L'idéal, ce serait qu'il n'y en eût pas. Moins elles seront nombreuses et plus elles seront grandes, plus on sera près de la solution idéale.

L'examen des faits confirme les conclusions auxquelles conduit la théorie. Je ne veux pas dire que le scrutin de liste ne présente aucun inconvénient ; mais il me semble évident qu'il en présente beaucoup moins que le scrutin d'arrondissement. Les défauts capitaux du scrutin d'arrondissement apparaissent à tous les yeux. Il favorise au premier chef la corruption électorale. Souvent, sinon toujours, le candidat nommé est celui qui fait le plus de promesses, qui fait obtenir ou que l'on croit en mesure de faire obtenir le plus de faveurs, places, décorations, chemins de fer, etc., et quelquefois tout simplement celui qui dépense le plus d'argent pour son élection. Avec le scrutin d'arrondissement, les questions de personnes, les questions locales prennent le pas sur les questions d'intérêt général. Je ne pense point que le scrutin de liste fasse disparaître comme par enchantement la corruption électorale ; mais il n'est pas douteux qu'avec ce mode de scrutin elle est plus difficile et sera moindre forcément. D'autre part, avec le scrutin de liste seulement, les élections peuvent se faire sur un programme d'ensemble et permettent de dégager nettement l'orientation politique du pays. Comme l'a dit Waldeck-Rousseau, « le scrutin d'arrondissement a le tort de donner plutôt la mesure de la popularité des personnes que la mesure exacte de l'opinion des circonscriptions ».

On a dit, en faveur du scrutin uninominal, qu'il offrait ce grand avantage que l'électeur pouvait connaître son député, que des relations confiantes pouvaient s'établir entre eux deux. Cela est au contraire, à mon sens, un argument contre ce mode de scrutin. Le député n'est pas le mandataire de l'électeur, il est le mandataire du pays; il n'y a aucun intérêt ni pour le député ni pour l'électeur à ce qu'ils se connaissent personnellement; il suffit qu'il n'y ait pas d'équivoque sur le programme politique, économique et social du député. Ces relations d'intimité, que crée le scrutin d'arrondissement entre électeurs et député, font de celui-ci le commissionnaire de ses électeurs et l'obligent à passer son temps dans les antichambres ministérielles.

Enfin le scrutin d'arrondissement présente surtout de graves inconvénients dans un pays centralisé comme la France, où, quoi qu'on dise, l'action gouvernementale s'exerce toujours dans les élections. Elle s'exerce surtout d'autant plus facilement et efficacement que les circonscriptions électorales sont plus petites. Dans chaque arrondissement, le gouvernement a son agent électoral, le sous-préfet, dont l'avancement dépend de son habileté à faire passer le candidat agréable.

Je conclus en disant avec M. Goblet : « Le scrutin de circonscription n'abaisse pas seulement le niveau intellectuel des chambres, en réduisant les luttes électorales à des luttes de personnes; il abaisse leur moralité en substituant à la considération de l'intérêt général l'unique souci des intérêts particuliers. Ainsi les caractères deviennent de plus en plus rares et on ne rencontre plus autour de soi que des ambitions et des appétits » (*Revue politique et parlementaire*, 1905, I, p. 254).

Le scrutin de liste a été rétabli en 1919. Les mœurs

électorales ont-elles été changées ? Je suis assez disposé à le croire. La politique de clientèle et de clocher n'occupe plus, semble-t-il, dans le pays la place prééminente qu'elle avait avant la guerre. Ce changement né surtout de la guerre a rendu possible l'établissement du scrutin de liste bien plutôt qu'il n'en a été la conséquence. J'ai bon espoir que grâce au scrutin de liste et à la représentation proportionnelle, les mœurs électorales iront chaque jour en s'améliorant.

Renouvellement intégral et renouvellement partiel. — J'estime que le système du renouvellement intégral est de beaucoup préférable. Lui seul permet d'assurer la correspondance des idées entre l'élément représentant et l'élément représenté, et dans le système de la souveraineté nationale la manifestation complète de la volonté du pays.

Le renouvellement intégral a été pratiqué à peu près continuellement en France depuis la Révolution ; il a été consacré par la constitution de 1791, titre III, chapitre I, pr., articles 2-4 ; la constitution de 1793, article 40 ; la constitution de 1848, article 31 ; la constitution de 1852, article 38 ; le sénatus-consulte constituant du 21 mai 1870, article 32, et la loi du 30 novembre 1875, article 15. Cependant la constitution de l'an III décidait que le conseil des cinq cents et le conseil des anciens seraient renouvelés l'un et l'autre tous les ans par tiers (art. 53) ; et la charte de 1814, article 37, portait que « les députés seront élus pour cinq ans et de manière que la chambre soit renouvelée chaque année par cinquième ». Mais les inconvénients de ce système apparurent bientôt, et la loi du 9 juin 1824 vint y substituer le renouvellement intégral et septennal de la chambre des députés.

Le projet déposé à la chambre des députés par le ministère Briand, le 30 juin 1910, contenait un article 2

portant que la chambre des députés serait élue pour six ans et renouvelable par tiers tous les deux ans (*J. off., Doc. parl.*, Chambre, session ordinaire, p. 579). La commission du suffrage universel, après une longue discussion, réserva cet article. Il n'est point passé dans la loi électorale nouvelle du 12 juillet 1919. Le renouvellement intégral tous les quatre ans a été maintenu conformément à l'article 15 de la loi du 30 novembre 1875. Le sénat, au contraire, est renouvelé par tiers tous les trois ans (L. 9 décembre 1884, art. 7). La chambre haute devant assurer la continuité de la politique, son renouvellement partiel se justifie entièrement.

§ 45. — *La représentation proportionnelle.*

On désigne par cette expression, d'ailleurs peu exacte, le système électoral qui tend à assurer dans chaque circonscription aux différents partis, comptant un certain nombre de membres, un nombre de députés variant suivant l'importance numérique de chacun. L'expression de représentation proportionnelle n'est pas tout à fait exacte, parce qu'elle semble impliquer que, dans ce système, le député devient le représentant du parti qui le nomme. Or, l'adoption de ce système n'implique l'acceptation d'aucune théorie spéciale sur la représentation politique, ni la théorie du mandat impératif, ni celle du mandat représentatif, ni celle du député-organe, et le système s'adapte sans difficulté à chacune de ces théories. Aussi devrait-on dire plus exactement l'élection proportionnelle. Notons aussi qu'en parlant d'une élection proportionnelle, on n'entend point, ce qui est matériellement impossible, une proportion mathématiquement exacte entre le nombre des députés attribués à chaque parti et son importance numérique, mais seulement une proportion approximative.

Le système électoral pratiqué en France avant 1919 et encore dans beaucoup de pays a reçu le nom peu français, mais très exact, de système *majoritaire*. La population forme la seule base de la représentation, et la loi de la majorité est appliquée sans atténuation. Seuls sont élus les candidats qui ont la majorité numérique dans chaque circonscription, quelque forte que soit la minorité obtenue par leurs concurrents; de telle sorte que ce système, appliqué logiquement, peut conduire à ce résultat que dans un parlement il n'y ait que les élus de la moitié plus un du nombre total des électeurs et que la moitié moins un des électeurs n'y ait aucun député.

Certains auteurs estiment que c'est là un excellent système électoral, le seul conforme au principe de la souveraineté nationale et à la vraie conception de la représentation. Ainsi Esmein écrit : « La loi de la majorité est une de ces idées simples qui se font accepter d'emblée; elle présente ce caractère que d'avance elle ne favorise personne et met tous les votants sur le même rang » (*Droit constitutionnel*, 7e édit., I, p. 309). Le savant auteur écrit encore : « La population doit être la seule base de la représentation; toute autre répartition dénaturerait encore la souveraineté nationale qui suit la loi du nombre » (*ibid.*, p. 316).

C'est précisément parce qu'elle est « une idée simple » que la loi de majorité me paraît très sujette à caution. En bref elle aboutit à l'oppression d'une partie de la nation par l'autre, sous ce prétexte que cette dernière compte quelques voix de plus que l'autre. C'est pour atténuer l'injustice d'un pareil résultat qu'on a essayé d'organiser le suffrage sur le principe de la représentation proportionnelle, de telle sorte que chaque parti ait au parlement un nombre de représentants correspondant à peu près à ses forces numériques. Il semble

que ce soit la justice même. Cependant, ce système a rencontré des objections d'ordre théorique et pratique.

Des partisans convaincus de la représentation proportionnelle, comme Saripolos (*La démocratie et l'élection proportionnelle*, 1899) et les proportionnalistes suisses prétendent ou laissent entendre que la théorie française de la représentation politique répugne complètement à l'établissement de la représentation proportionnelle; les uns veulent la fonder théoriquement sur la doctrine juridique de l'organe; les autres sur la notion de la souveraineté morcelée. Esmein, qui, on vient de le dire, a une profonde admiration pour l'application rigoureuse de la loi du nombre, voit dans la représentation proportionnelle « une illusion et un faux principe » (p. 328). D'après lui, la thèse de la représentation proportionnelle ne serait soutenable que si l'on admettait la division de la souveraineté entre les individus et que si l'on considérait le droit de représentation comme un droit personnel à chaque individu. Or, certainement, une pareille conception est fausse en soi et contraire au droit positif français.

Il est certain que le système de la représentation proportionnelle s'harmonise admirablement avec la conception de la représentation que j'ai exposée aux pages 411 et suivantes. Mais, en outre, il me paraît facile d'établir que le système de représentation proportionnelle est parfaitement compatible avec le principe de la souveraineté nationale une et indivisible et la conception française du mandat représentatif.

Puisqu'on admet l'existence d'une volonté nationale souveraine, l'existence d'une personne-nation donnant un mandat représentatif à une personne-parlement qui voudra pour elle, le problème qui s'impose à l'art politique, c'est d'organiser un mode d'élection qui permette au parlement d'exprimer aussi exactement que

possible la volonté de la personne-nation. Or, c'est aller contre l'évidence que de soutenir qu'un parlement élu avec le pur système majoritaire exprime plus exactement la volonté de la nation qu'un parlement dans lequel les divers partis politiques, qui existent dans le pays, ont leurs représentants. Si la nation elle-même exprimait directement sa volonté, ce serait la nation composée de ses différents partis. Ce n'est pas la nation qui veut; c'est son représentant, son mandataire, le parlement qui veut à sa place. Il faut donc que le parlement soit composé des mêmes éléments que la nation et que les partis qui existent dans la nation se retrouvent dans le parlement. Par la même raison on défendra plus loin le système de la représentation professionnelle.

C'est avec le morcellement de la souveraineté qu'il est impossible d'admettre théoriquement la représentation proportionnelle ; car si les volontés individuelles comptent seules, si elles sont toutes mathématiquement égales, on ne peut évidemment imposer une décision qu'en comptant ces volontés et en donnant la prépondérance à la majorité arithmétique. Mais si moins réaliste une doctrine affirme que derrière ces volontés individuelles il y a une volonté collective dont il faut déterminer le contenu, le système proportionnaliste seul permet d'obtenir ce résultat.

Ainsi, non seulement la représentation proportionnelle n'est pas en contradiction avec le principe de la souveraineté nationale et le mandat représentatif, mais elle est le seul système électoral qui y soit adéquat. Il faut ajouter qu'elle seule atténue l'injustice flagrante qui existe sous le régime majoritaire, avec lequel il peut se faire que la moitié plus un des citoyens vive seule de la vie politique, le reste étant en fait comme s'il n'était pas et frappé de mort civique. « La moitié

plus un est libre et si l'on veut souveraine; l'autre moitié est serve, attachée à l'urne comme jadis à la glèbe. »

Cf. Charles Benoist, *Rapport* fait au nom de la commission du suffrage universel chargée d'examiner les diverses propositions de loi tendant à établir la représentation proportionnelle (*J. off.*, *Doc. parl.*, Chambre, 1905, session ordinaire, p. 472).

Cela ne choque point Esmein. Il n'y a, dit-il, dans ce système, même poussé à l'extrême, aucune injustice envers la minorité, puisque la majorité n'obtient que son droit ferme et rien de plus. Pour le prouver, Esmein suppose que le pays ne forme qu'un seul collège électoral et déclare que la majorité aurait alors le droit de nommer tous les députés (*ibid.*, p. 328). C'est précisément ce qu'il faudrait démontrer. Esmein ne le fait point et son raisonnement n'est qu'un cercle vicieux.

M. Charles Benoist (*loc. cit.*, p. 473) écrit : « Notez qu'avec ce prétendu système de la majorité pure et simple, c'est là le moindre mal qu'il n'y ait que la moitié plus un des électeurs représentés. Le mal pourrait être plus grand ; et ce serait que la majorité dans les corps élus ne fût qu'une majorité apparente ne correspondant pas à la majorité réelle du corps électoral. »

Ce que le très distingué rapporteur présente comme une hypothèse est une réalité. Le tableau suivant en est la démonstration évidente :

	Voix représentées par les élus.	Voix non représentées.
	—	—
1881.....	4.778.000	5.600.000
1885.....	3.042.000	6.000.000
1889.....	4.526.000	5 800.000
1893.....	5.513.000	5.930.000
1898.....	4.906.000	5.633.000
1902.....	5.159.000	5.818.000
1906.....	5.209.000	6.830.000
1910.....	5.300.000	6.739.000
1914.....	4.844.206	6.421.892

Ainsi depuis 1881, à toutes les élections, le nombre des voix non représentées dépasse sensiblement le nombre des voix représentées.

Si la chambre élue au scrutin majoritaire tout entière ne représente pas la majorité du corps électoral, on voit qu'*a fortiori* les majorités, souvent très faibles, qui votent une loi, ne représentent qu'une minorité, et que c'est un leurre de croire que les lois soient faites par la majorité du pays. Ainsi la loi sur la séparation des Églises et de l'État, qui a été votée le 3 juillet 1905 par 341 députés, a été votée par un nombre de députés qui représente exactement 2.647.315 électeurs, le corps électoral français comptant 10.967.000 électeurs. On ose dire après cela que dans la République française les lois sont l'œuvre de la majorité du pays!

On répond, il est vrai, que les abstentionnistes ne peuvent pas se plaindre, parce qu'ils ont le droit de voter et que s'ils ne votent pas ils n'ont qu'à s'en prendre à eux-mêmes. Le raisonnement n'est pas bon; c'est le sophisme de Rousseau, disant qu'il n'est pas nécessaire que tout le monde vote, qu'il suffit que tout le monde puisse voter. C'est un sophisme, car si parmi les abstentionnistes il en est beaucoup d'indifférents et même de coupables, beaucoup aussi ne votent pas parce qu'ils ont la certitude que leur vote serait sans résultat, parce que, à cause du système majoritaire, leur parti ne serait pas représenté. La représentation proportionnelle a donc cet avantage, à notre avis, capital, de rendre le vote désirable pour la totalité ou du moins pour le grand nombre des électeurs, d'assurer par conséquent la diminution du nombre des abstentions et de faire disparaître cette antinomie que dans un pays de démocratie et de suffrage universel la suprême puissance appartienne aux représentants de la minorité du corps électoral.

Esmein a dressé contre la représentation proportionnelle un véritable réquisitoire, qui peut se résumer ainsi : Pour empêcher les réformes prématurées, on a établi l'institution de deux chambres; « vouloir la doubler à ce point de vue de la représentation proportionnelle, c'est faire d'un remède un véritable poison; c'est organiser le désordre et émasculer le pouvoir législatif » (p. 333). Avec la représentation proportionnelle, pas de majorité stable possible, pas de cabinet homogène, et par conséquent pas de régime parlementaire possible. Enfin il est dans la logique du principe de la représentation proportionnelle de l'appliquer non seulement aux élections parlementaires, mais aussi aux élections du pouvoir exécutif, des administrateurs, des magistrats; et « logiquement la représentation proportionnelle est à l'entrée d'une voie au bout de laquelle se trouve l'anarchie » (p. 334).

Il est aisé de répondre à tout cela. M. Charles Benoist, dans le rapport précité, le fait victorieusement. D'abord on ne voit pas pourquoi, la représentation proportionnelle étant établie pour les élections parlementaires, il faudrait logiquement l'établir pour les autres élections. Il y a pour appliquer la représentation proportionnelle à l'élection du parlement des raisons majeures, et principalement la raison tirée du caractère représentatif du parlement, caractère que les corps exécutifs, administratifs et judiciaires n'ont pas.

Il est vrai qu'Esmein (p. 330-331) répond : « Nos assemblées représentatives législatives n'existent pas seulement pour la discussion; elles ne débattent pas seulement; elles statuent et exercent par là un attribut de la souveraineté. C'est là leur fonction essentielle, et les proportionnalistes eux-mêmes reconnaissent que c'est à la majorité qu'il appartient de décider et de statuer. Les assemblées législatives doivent donc par

elles-mêmes être construites et composées d'après le *principe majoritaire.* »

Il est bien évident que la décision sera nécessairement prise à la majorité; car dans une assemblée on n'a pas encore trouvé d'autre moyen de prendre une décision. Mais je ne vois pas pourquoi de ce que toute décision doit être prise à la majorité, on conclut que les différents partis qui existent dans le pays ne doivent pas avoir au parlement un nombre de représentants autant que possible proportionnel à leurs forces respectives. Esmein ajoute que « dans les pays où fonctionne le référendum législatif, la représentation proportionnelle peut encore se comprendre, car la majorité des électeurs saura bien repousser les lois qui ne répondraient point à sa volonté ». Je réponds : quand le corps des citoyens lui-même prend la décision, les différents partis qui existent dans le pays concourent à cette décision. Je demande précisément que lorsque la décision est prise par le parlement au nom du corps des citoyens, les différents partis existant dans le pays puissent concourir à cette décision par leurs représentants. Tel est le but même de la représentation proportionnelle. Si ce concours des partis n'empêche pas la décision du corps des citoyens, je ne vois pas pourquoi il pourrait entraver la décision du parlement.

Avec la représentation proportionnelle, dit-on encore, pas de majorité stable et homogène, pas de gouvernement parlementaire possible. L'argument n'est pas meilleur que les précédents. Il faut, en effet, observer que la représentation proportionnelle ne peut fonctionner qu'à la condition que les partis soient fortement disciplinés. Les partis de minorité seront par le fait même du nouveau régime électoral plus cohérents. « Mis en face de ces minorités, du fait seul qu'elle serait, parce qu'il lui faudrait continuer à être la majorité, et

que pour l'être les mêmes obligations s'imposeraient à elle, la majorité elle-même deviendrait plus cohérente, plus compacte, et, si l'on peut ainsi parler, la densité de l'opinion publique, pour la majorité aussi bien que pour les minorités, en deviendrait plus forte » (Charles Benoist, *loc. cit.*, p. 478).

Enfin on a souvent tiré objection contre la représentation proportionnelle de l'impossibilité pratique de l'organiser et de la faire fonctionner. L'objection n'est plus de mise aujourd'hui. Le système fonctionne en Belgique depuis l'année 1900, par application de la loi du 29 décembre 1899, sans aucune difficulté et, semble-t-il, à la satisfaction de tous les partis, car aucun n'en demande la suppression.

Van der Smissen, *La représentation proportionnelle en Belgique, Annales des sciences politiques*, juillet-septembre 1900; Dupriez, *L'organisation du suffrage universel en Belgique*, 1901; Vandervelde, *La représentation proportionnelle en Belgique, Documents du progrès*, octobre 1909. L'auteur conclut que c'est le moins imparfait et le plus équitable des systèmes électoraux. Dubois, *La représentation proportionnelle et l'expérience belge*, 1907; Roland de Marès, *La situation électorale et le mécanisme de la représentation proportionnelle, Le Temps*, 22 mars 1910; J. Barthélemy, *L'organisation du suffrage et l'expérience belge*, 1912.

C'est entre 1840 et 1850 que se produisirent, pour la première fois, des critiques très nettes contre le système électoral purement majoritaire. Klöte (*Die proportionalwahl in der Schweiz*, 1899, p. 20) attribue à V. Considérant la première idée de la représentation proportionnelle. Il l'aurait surtout exprimée dans un écrit intitulé : *De la sincérité du gouvernement représentatif ou exposition de l'élection véridique*, 1846, publié à nouveau à Zurich en 1892. Depuis cette époque, dans la plupart des pays de l'Europe et particulièrement en Suisse, en Belgique, en France et aussi en Angleterre, s'est développé tout un mouvement en faveur de la représentation proportionnelle.

D'abord on ne songea pas à demander l'établissement de la représentation proportionnelle, mais seulement l'établissement d'un système électoral assurant la représentation des minorités ; c'est à cette idée que venaient répondre les deux systèmes du *vote limité* et du *vote cumulatif*.

Le *vote limité* consiste en ce que dans une circonscription, qui par exemple doit élire quatre députés, chaque électeur cependant ne peut voter que pour trois, ce qui fait que forcément le quatrième appartiendra à la minorité. En Angleterre, une loi du 15 août 1867 appliqua le système du vote limité aux élections communales. Cette loi, qui en fait ne s'était appliquée qu'à douze bourgs, fut abrogée par la loi du 6 décembre 1884. Depuis 1872, les élections municipales de Lausanne se font d'après ce système. Il en est de même en Espagne en vertu de la loi municipale du 16 décembre 1876, et en Italie depuis la loi du 10 février 1889. La loi argentine du 10 février 1912 a établi le vote limité pour la chambre des représentants.

Le *vote cumulatif* a été imaginé en vue du même but. D'après ce système, dans une circonscription qui nomme par exemple quatre députés, l'électeur peut porter sur son bulletin quatre noms différents ou quatre fois le même nom et lui donner ainsi quatre voix. Les membres de la minorité n'ont qu'à s'entendre pour avoir ainsi un représentant. Le vote cumulatif a été établi en Angleterre en 1870 pour les *school-boards*, et en Écosse en 1872, en Pensylvanie pour les élections municipales (1870-1871).

Les systèmes du vote *limité* et du vote *cumulatif* ont une qualité incontestable ; ils sont très simples et très faciles à appliquer. Mais ils sont purement empiriques ; ils peuvent assurer une certaine représentation à la minorité, si celle-ci est très disciplinée ; mais cette représentation n'aura rien de proportionnel.

Un système plus savant et qui peut réaliser une véritable représentation porportionnelle est celui du *quotient électoral* et *liste de préférence*. Le ministre danois Andrœ en fit l'application pratique vers le milieu du dernier siècle et le publiciste anglais Thomas Hare l'exposa théoriquement peu de temps après ; le système reçut l'approbation de Stuart Mill. Ce système se compose de deux éléments essentiels : le *quotient électoral* et *la liste de préférence*. On divise le nombre des votants par le nombre des sièges à pourvoir ; le quotient donne le chiffre requis pour être élu. Soit une circonscription où l'on compte 200.000 votants et qui nomme 10 députés. Le quotient de 200.000 par 10, soit 20.000, sera le quotient électoral ; sera élu tout candidat ayant 20.000 voix. Mais pour éviter la perte de voix données aux candidats qui auraient déjà obtenu le chiffre électoral, tout électeur doit, sur son bulletin, indiquer le nom des candidats dans l'ordre de ses préférences ; sa voix ne compte que pour un candidat ; mais si au moment où on lit son bulletin, le premier candidat A de sa liste a 20.000 voix, sa voix est attribuée au second candidat B, et ainsi de suite. Ce système est simple et peut fonctionner facilement. Mais on a fait observer assez justement que ce système assurait sans doute une représentation proportionnelle, mais une représentation proportionnelle plutôt par rapport aux sympathies pour les personnes que par rapport aux partis comme tels.

Aussi a-t-on proposé un autre système qui, sans supprimer ce qu'il doit y avoir de personnel dans toute élection, tend à réaliser une représentation véritablement proportionnelle des partis. C'est le système de la *concurrence des listes et du double vote simultané*. On procède d'abord comme dans le système de Hare : on détermine le quotient électoral en divisant le nombre total des votes par le nombre des sièges à pourvoir.

Soit 200.000 votants et 10 sièges; le quotient électoral est 20.000. On détermine ensuite le nombre des députés revenant à chaque liste; pour cela, on divise le nombre total des voix que chaque liste a obtenues par le quotient ou chiffre de l'élection. Soit quatre listes ayant, l'une 80.000 voix, l'autre 60.000, l'autre 40.000 et la quatrième 20.000; elles auront, l'une quatre sièges, l'autre trois, la troisième deux et la quatrième un. Reste à déterminer pour chaque liste quels sont les candidats nommés. Seront élus sur chaque liste les candidats qui auront obtenu le plus grand nombre de suffrages. Dans ce système, l'électeur vote en même temps pour la liste à laquelle appartient le candidat pour lequel il vote et pour un, deux ou plusieurs candidats qu'il a portés sur son bulletin et à qui sa voix sera comptée. « Il exprime en même temps et ses préférences de parti, puisqu'il donne sa voix à telle liste, et ses préférences personnelles, puisqu'il donne sa voix à tels ou tels candidats de la liste, sans être forcé de la donner à tous. »

Beaucoup d'autres systèmes ont été proposés, par exemple le système de la *liste fractionnaire* de M. Séverin de La Chapelle et le système du *quotient d'élimination* de M. Pernolet. Il n'y a pas lieu de les exposer. On doit faire connaître seulement le système dit du *diviseur commun* et du *chiffre répartiteur* proposé par M. d'Hondt qui, avec modifications, fonctionne en Belgique depuis la loi du 29 décembre 1899. Les quelques modifications au système de M. d'Hondt, consacrées par la loi de 1899, ont été proposées par M. Mommaert. Il suffit d'indiquer ici le principe du système.

Supposons un scrutin pour l'élection de cinq députés et l'expression de 47.000 suffrages valables. Ces 47.000 suffrages sont répartis entre quatre listes; ces listes ont obtenu respectivement 24.000, 11.000, 9.000

et 3.000 voix. Puisqu'il y a quatre listes, on divisera successivement par 1, 2, 3, 4 chacun de ces chiffres; s'il y avait cinq listes, on diviserait successivement par 1, 2, 3, 4 et 5, et ainsi de suite. On obtient avec les chiffres supposés :

Division :	par 1. . . .	24.000	11.000	9.000	3.000
»	par 2. . . .	12.000	5.500	4.500	1.500
»	par 3. . . .	8.000	etc...		
»	par 4. . . .	6.000	etc...		

On range ensuite les quotients ainsi obtenus dans l'ordre de leur importance jusqu'à concurrence du nombre des députés à élire, dans l'espèce 5. On a donc : 24.000, 12.000, 11.000, 9.000, *8.000*. Le dernier quotient (*8.000* dans l'espèce) sera le *diviseur électoral*. Chaque liste aura autant de députés nommés que ce nombre entre de fois dans le nombre de voix qu'elle a obtenues. Il entre 3 fois dans 24.000, la liste n° 1 aura donc 3 sièges ; il est contenu 1 fois dans 11.000, la liste n° 2 aura 1 siège; il entre 1 fois dans 9.000, la liste n° 3 aura 1 siège; comme il n'entre pas dans 3.000, nombre des voix obtenues par la liste n° 4, celle-ci n'aura aucun siège.

La particularité la plus intéressante introduite par la loi belge de 1899 est le principe du vote *uninominal*, c'est-à-dire que dans chaque circonscription, quel que soit le nombre des députés à élire, chaque suffrage ne peut profiter qu'à un seul candidat. Toutefois chaque vote est compté à la fois au candidat auquel il est donné et à la liste sur laquelle est porté ce candidat. D'autre part, la loi belge a heureusement résolu le problème de savoir comment seront désignés dans une liste les candidats élus, lorsqu'elle renferme un nombre de candidats supérieur au chiffre des mandats que lui attribue la répartition. Ce sont les électeurs qui déterminent les candidats élus dans chaque liste ; mais leur choix est

guidé, éclairé. Chaque électeur peut voter pour un candidat et lui donner ainsi un vote strictement personnel; ou, au contraire, il peut voter en noircissant un point blanc, qui est situé dans la case placée en tête de la liste : il est censé avoir adhéré ainsi à l'ordre de présentation. Au dépouillement on attribuera au premier candidat tous les votes qui lui sont personnels, et on prendra dans la somme des votes de liste le nombre des votes nécessaires pour parfaire à son profit le diviseur électoral. Tout candidat qui obtient le diviseur électoral est élu et on s'arrête à ce chiffre. On comptera au profit du second candidat sur la liste tous les votes qui lui sont personnels, et on prendra dans le reliquat des votes pour la liste le nombre de voix nécessaires pour parfaire le diviseur électoral; et ainsi de suite. Avec ce système le dépouillement est assurément un peu compliqué; mais le rôle de l'électeur est très simple. On lui remet des listes imprimées, et il n'a qu'à mettre un point noir devant le nom du candidat pour lequel il veut voter ou en tête de la liste.

L'expérience faite en Belgique est concluante. Le mécanisme fonctionne parfaitement, sans heurt et sans à-coup; l'électeur vote aussi facilement qu'avec le système tout à fait primitif du suffrage majoritaire. Le résultat, et il semble qu'il est heureux, a été d'augmenter la cohésion des partis, d'atténuer cependant l'acrimonie des luttes de partis. Enfin l'inconvénient, si souvent reproché à la représentation proportionnelle, qu'elle rendrait impossible toute majorité parlementaire, ne s'est point réalisé. Cf. les auteurs cités plus haut.

En France, on l'a vu au paragraphe précédent, la discussion de la réforme électorale a rempli, sans qu'elle ait pu aboutir, les trois législatures qui ont précédé la guerre. Et c'est seulement le 12 juillet 1919 qu'a été promulguée la loi consacrant un système transactionnel.

L'objection la plus grave au point de vue politique, en présence de laquelle se trouvaient les proportionnalistes, consistait à dire que le système proportionnel allait à l'encontre du principe démocratique par excellence, la prépondérance de la majorité, et que le pays ne comprendrait jamais comment des candidats qui auraient la majorité absolue ne seraient pas élus quand d'autres le seraient bien qu'ils n'aient que la minorité des votants pour eux. D'autre part, l'opinion publique avait fini par comprendre qu'il n'était pas possible d'instituer un régime électoral dans lequel il pourrait arriver que les partis en minorité dans le pays n'eussent aucun représentant au parlement. Ce danger n'était pas à craindre avec le scrutin uninominal parce que parmi les 600 circonscriptions existant avec ce système dans le pays, il y en aurait bien toujours quelques-unes dont la majorité serait différente de la majorité générale du pays. Mais le scrutin uninominal, pour les raisons dites précédemment, surtout après la guerre, était devenu indéfendable. L'établissement du scrutin de liste s'imposait. Mais l'application pure et simple du scrutin de liste pouvait aboutir à l'exclusion totale des partis en minorité, il fallait donc, de toute nécessité, combiner le scrutin de liste avec une certaine part faite au système proportionnel. D'autre part, il fallait aussi, pour se conformer aux traditions démocratiques et révolutionnaires, donner une prime à la majorité. C'est ce double desideratum qu'a tenté de réaliser la loi du 12 juillet 1919. On ne saurait méconnaître que la tentative est assez heureuse et qu'avec quelques retouches de détail, la législation électorale qu'elle a créée peut être approuvée et doit être maintenue. Elle a rencontré sans doute, de très vives critiques de détail, de la part surtout des candidats malheureux. A dire le vrai, elles manquent d'autorité.

Ce qui est exact, c'est qu'en France, pour longtemps encore, l'application de tout système proportionnaliste se trouvera faussée par le fait qu'il n'y a pas, incontestablement, de partis politiques véritablement organisés. Le parti socialiste lui-même, qui un moment paraissait avoir une forte organisation, est aujourd'hui divisé et sans ligne politique nettement arrêtée. Le résultat des premières élections faites sous l'application de la loi nouvelle ne saurait être invoqué contre elle. Peut-être, sous l'action même du système proportionnel, les partis politiques s'organiseront, et, dans un avenir plus ou moins lointain, on verra une véritable représentation des partis politiques. Je ne cache pas toutefois que j'en suis arrivé à me demander si la constitution de partis politiques à programme rigoureusement arrêté, avec des frontières très nettement délimitées et avec des cadres fortement organisés, est une bonne chose pour un pays. Je me pose cette question surtout depuis un séjour fait en Belgique pendant l'hiver de 1922 où il m'a semblé que l'existence de trois partis nettement séparés et définis, le parti catholique, le parti libéral et le parti socialiste, avait beaucoup plus d'inconvénients que d'avantages, toutes les nominations étant faites, toutes les décisions étant prises, toutes les lois étant votées avant tout en considération des situations de parti et en vue d'une solution transactionnelle beaucoup plutôt qu'en vue des vrais intérêts du pays. Tout se ramène, me disait un homme éminent, à une question de proportions à maintenir entre les forces numériques des différents partis. Au reste, je n'insiste pas davantage sur cette question des partis politiques en France parce qu'elle m'amènerait forcément à sortir du domaine du droit pour m'engager dans celui de la politique.

Sans étudier en détail le système électoral établi par la loi de 1919, il y a lieu d'en indiquer cependant dès à présent les dispositions principales.

Tout candidat qui obtient la majorité absolue est proclamé élu dans les limites des sièges à pourvoir. Voilà la part faite au principe majoritaire.

S'il y a moins de candidats ayant obtenu la majorité absolue qu'il y a de députés à nommer dans la circonscription électorale, le système proportionnel joue avec le quotient électoral. On détermine le quotient électoral en divisant le nombre des votants, déduction faite des bulletins blancs ou nuls, par celui des députés à élire. On détermine la moyenne de chaque liste en divisant par le nombre de ses candidats le total des suffrages qu'ils ont obtenus. Il est attribué à chaque liste autant de sièges que sa moyenne contient de fois le quotient électoral.

Mais il peut arriver et il arrivera très souvent que tant par l'attribution des sièges à la majorité absolue que par l'application du quotient, il ne sera pas pourvu à tous les sièges de députés auxquels la circonscription a droit. Suivant l'expression fréquemment employée dans la discussion parlementaire, il y a des restes. La question de l'attribution des restes avait été l'écueil auquel pendant longtemps était venue se heurter la réforme électorale. Le législateur de 1919 a résolu la question en décidant que le siège ou les sièges restant à pourvoir seront attribués à la liste ayant obtenu la plus forte moyenne. C'est encore une prime donnée au principe majoritaire.

Lorsque tous les sièges ont été ainsi répartis entre les listes soit par le procédé du quotient, soit par celui de la plus forte moyenne, ils sont attribués dans chaque liste aux candidats ayant obtenu le plus de suffrages et en cas d'égalité de suffrages au plus âgé. Mais il faut, en outre, que le nombre des voix recueillies par chacun d'eux soit supérieur à la moitié du nombre moyen des suffrages de la liste dont ils font partie. S'il n'y a pas

assez de candidats ayant obtenu ce minimum de voix pour pourvoir à tous les sièges, on procède au second tour de scrutin pour les sièges restant à pourvoir.

Lorsque le nombre des votants n'est pas supérieur à la moitié des inscrits ou si aucune liste n'obtient le quotient électoral, aucun candidat n'est proclamé élu. Les électeurs de la circonscription sont convoqués à nouveau quinze jours après et si à ce nouveau scrutin aucune liste n'obtient le quotient électoral, les sièges sont attribués aux candidats qui ont obtenu le plus de suffrages.

Le département est, en principe, la circonscription électorale. Toutefois, lorsque le nombre des députés à élire par un département est supérieur à six, le département peut être divisé en circonscriptions dont chacune aura à élire trois députés au moins. Le sectionnement ne peut être fait que par une loi. C'est une concession faite à la persistance de ce que l'on a appelé l'esprit *arrondissementier*.

V. particulièrement les articles 3, 10 à 13 de la loi du 12 juillet 1919. — On trouvera un commentaire très complet de la loi de 1919 dans la grande circulaire du ministre de l'Intérieur du 4 novembre 1919.

A l'étranger, la représentation proportionnelle gagne chaque jour du terrain et il n'est pas téméraire de dire que dans un avenir qui n'est pas éloigné, le système proportionnaliste formera le droit commun électoral de tous les pays pratiquant le régime représentatif.

On a dit plus haut que la Belgique avait depuis 1899 la représentation proportionnelle intégrale. Le système paraît donner satisfaction à tous les partis. Son exemple n'a point été sans influence sur le progrès de l'idée proportionnaliste. La Belgique y semble plus fortement attachée que jamais. Elle vient de procéder à une revision générale de sa constitution ; elle a modifié, on l'a vu, d'une manière profonde le mode de recrute-

ment du sénat ; elle a supprimé le vote plural, institué le suffrage universel pur et simple, mais elle a maintenu intact le système de représentation proportionnelle.

V. le texte de la constitution belge revisé en 1921, *Revue du droit public*, 1921, p. 553. — Sur l'application du système de représentation proportionnelle en Belgique, cons. le volume déjà cité de J. Barthélemy, *La représentation proportionnelle et l'expérience belge*, 1912.

En Suisse, la question fut posée par le mémoire que M. Ernest Naville adressa, le 12 septembre 1864, au conseil fédéral. Cet appel resta toutefois sans réponse, et ce n'est que beaucoup plus tard que le système de la représentation proportionnelle fut adopté par divers cantons pour l'élection de leur parlement cantonal ou grand conseil, par les cantons de Neuchâtel et du Tessin en 1891, le canton de Genève en 1892, de Zug, de Soleure et de Fribourg en 1894, de Berne en 1895, de Bâle en 1905, de Schwytz en 1907 et du Valais en 1908, soit 10 cantons sur 22. Dans le canton de Berne, le conseil municipal de la ville est élu avec le système de la représentation proportionnelle ; dans le canton de Fribourg, quelques conseils municipaux le sont également. En 1910, une pétition en faveur de l'élection avec la représentation proportionnelle du conseil national vint réunir 142.000 signatures. Le conseil national, il est vrai, était opposé à la réforme ; il craignait qu'elle ne fît perdre un certain nombre de sièges au parti radical. Usant de son droit constitutionnel, il demanda à une forte majorité le rejet du projet et, le 23 octobre 1910, le peuple se rangea à cet avis par 363.000 voix environ contre 240.000 voix, soit à une majorité de 23.000 voix surplus d'un demi-million de votants. Mais le projet eut la majorité des cantons, 12 contre 10, ce qui n'empêcha pas qu'il fût rejeté, car la constitution exige à la fois la majorité du peuple

et des cantons. Cet insuccès marquait cependant un progrès énorme de l'idée proportionnaliste. La première tentative avait eu lieu en 1900 et le projet avait été rejeté à une majorité de 75.000 voix et d'un canton. Cela faisait prévoir l'établissement, dans un avenir prochain, de la représentation proportionnelle.

En effet, le 11 août 1919, à une très forte majorité, le peuple suisse a ratifié une disposition constitutionnelle, aux termes de laquelle la durée du conseil national en fonctions à cette date est abrégée d'une année, la nouvelle chambre devant être élue à l'automne suivant d'après le système de la représentation proportionnelle.

Cons. *Le Temps*, 10 août 1919; Menthon, *La représentation proportionnelle dans la constitution fédérale suisse*, thèse Paris, 1921.

La loi électorale italienne du 10 septembre 1919 établit le scrutin de liste par provinces, ou par provinces réunies, de façon que chaque circonscription électorale ait au moins dix députés à élire. De plus, elle institue la représentation proportionnelle par le système belge du diviseur électoral, avec vote de préférence (art. 40, 52, 72 et 84).

En Danemark, d'après la constitution nouvelle du 4 juin 1915, le Folketing (chambre des députés) est élu au suffrage universel et direct avec application partielle de la représentation proportionnelle. Le Landtag (sénat) se compose de 72 membres dont 54 sont élus à deux degrés avec représentation proportionnelle. Les autres membres sont élus par l'assemblée elle-même.

Dans le système de *Home rule* donné en 1919 par l'Angleterre à l'Irlande et qui ne fonctionne que dans l'Ulster, par suite de l'opposition du sud de l'Irlande et de la reconnaissance de son autonomie à peu près complète que le gouvernement britannique a été contraint d'accepter en 1921, la représentation proportionnelle a été instituée pour les élections à la chambre

haute et dans certains collèges pour les élections à la chambre basse, suivant le système de Thomas Hare, mais amélioré et simplifié. Est proclamé élu le candidat qui dans l'ensemble des collèges obtient le quotient, c'est-à-dire le nombre de suffrages qu'on obtient en divisant le nombre des suffrages exprimés par le nombre des députés à élire. L'électeur peut voter à sa guise soit pour un candidat local, soit pour n'importe quel autre candidat. Il peut voter pour plusieurs candidats en indiquant sur son bulletin l'ordre de ses préférences. Chaque circonscription doit élire dix députés au moins.

Depuis la loi du 20 avril 1908, le Danemark a la représentation proportionnelle, suivant le système d'Hondt, pour les élections municipales (*Le Temps*, 18 septembre 1910).

En Wurtemberg, la représentation proportionnelle a été adoptée partiellement par la loi constitutionnelle du 16 juillet 1906, qui a modifié l'article 144 de la constitution du 25 septembre 1819, lequel contient maintenant un dernier paragraphe ainsi conçu : « Les six députés de la ville de Stuttgard et les dix-sept députés des deux cercles du pays sont élus au premier tour d'après le principe des listes et le système proportionnel. » Cf. la loi électorale wurtembergeoise du 16 juillet 1906 et l'arrêté du ministre de l'Intérieur du 10 octobre 1906 (Fontaine, *La représentation proportionnelle en Wurtemberg*, 1909).

La nouvelle constitution allemande du 11 août 1919 contient un article 22 ainsi conçu : « Les députés sont élus au suffrage universel, direct, égal et secret, d'après les principes de la représentation proportionnelle, par tous les hommes et toutes les femmes âgés de plus de 20 ans. L'élection a lieu un dimanche ou jour férié légal. Les détails sont réglés par la loi électorale. » La loi ainsi annoncée a été faite ; elle porte la date du

27 avril 1920. L'application en est réglée par une ordonnance du 1er mai 1920.

Le système de représentation proportionnelle adopté est appelé système automatique ou système badois. Il est en effet celui qui a été consacré par l'article 24 de la nouvelle constitution badoise ainsi conçu : « Chaque parti ou groupe d'électeurs reçoit autant de députés que sa liste de candidats obtient de fois 10.000 voix. Les voix restées inutilisées dans chaque circonscription électorale sont totalisées pour tout le pays et sont utilisées d'après le principe précédent. Tout reliquat de plus de 7.500 voix reçoit un siège. »

Ce qu'il y a de particulier et de nouveau dans ce système, c'est d'abord que le nombre des députés, au lieu d'être fixé d'avance d'après le chiffre de la population ou celui des électeurs, dépend du chiffre des votants. Ainsi on ne peut connaître le nombre des membres dont se composera le Reichstag qu'après que les élections sont achevées. L'assemblée sera d'autant plus nombreuse que le nombre des votants aura été plus élevé. De plus, il y a une superposition de listes; les voix données aux listes du premier degré et qui sont inutilisées sont reportées sur une liste du deuxième degré et on fait une nouvelle répartition des sièges.

D'après le système adopté par la loi électorale du Reich du 27 avril 1920, les circonscriptions électorales élisent en général six députés; les voix non utilisées dans la circonscription sont immédiatement attribuées à la liste de Reich. Mais on admet les unions de circonscriptions; les partis peuvent déclarer par avance qu'ils lient entre elles, à l'intérieur de ces unions, tout ou partie de leurs listes de circonscription, de telle sorte que les voix obtenues par ces listes et restant inutilisées soient attribuées aux listes de circonscription ayant eu le plus de voix; et ce n'est qu'après cette deuxième

répartition que les restes sont transférés à la liste de Reich. D'autre part, on a voulu éviter que par l'attribution des restes aux listes liées et à la liste de Reich, les grands partis ne soient amoindris au profit des petits groupes d'électeurs dans l'impossibilité de recueillir dans une circonscription un nombre important de voix, mais présentant des listes liées. C'est pourquoi la loi décide qu'un parti ne peut obtenir un siège en *liant* ses listes de circonscriptions que si l'une ou l'autre de ces listes a obtenu au moins 30.000 voix. D'autre part, on n'attribue à la liste de Reich, quel que soit le nombre de voix qu'elle reçoit, pas plus de députés que le parti n'en a obtenu dans les circonscriptions sur les listes de circonscription.

R. Brunet, dans son livre sur la *constitution allemande* du 11 août 1919, fait justement observer que ce système présente cet avantage de donner à chaque parti exactement autant de députés qu'il doit en avoir d'après le nombre de voix qu'il a obtenues dans l'ensemble du pays. D'autre part, il permet aux partis d'assurer l'élection d'hommes politiques de premier plan qui doivent avoir leur place au parlement, mais qui acceptent malaisément de prendre part aux luttes politiques locales. La liste de Reich permet à chaque électeur de voter en même temps pour des candidats locaux et pour les chefs de partis. Mais on comprend facilement qu'un pareil système ne peut fonctionner que dans un pays où les partis politiques ont des frontières nettement déterminées et sont véritablement organisés.

La constitution fédérale autrichienne du 1er octobre 1920 a elle aussi adopté le principe de la représentation proportionnelle. Voici le texte complet de l'article 26, §§ 1 et 2 : « Le conseil national est élu par le peuple de la Fédération d'après le principe de la représentation proportionnelle sur la base du vote égal, direct, secret et

personnel des hommes et des femmes qui auront accompli leur vingtième année avant le 1er janvier de l'année de l'élection. Le territoire de la Fédération est divisé à l'intérieur des frontières des Pays en circonscriptions électorales formant chacune un territoire distinct. Les députés sont répartis d'après le nombre des électeurs d'une circonscription électorale proportionnellement au nombre des citoyens des circonscriptions électorales, c'est-à-dire au nombre des citoyens de la Fédération qui, d'après le dernier recensement, avaient leur domicile habituel dans la circonscription électorale. Il ne peut être procédé à l'admission dans un collège électoral d'électeurs qui ont leur domicile dans les limites d'un autre collège électoral » (*Revue du droit public,* 1921, p. 270 et 271).

De l'exposé qui précède, on retire certainement l'impression que le système proportionnaliste est en train de devenir le droit commun des pays pratiquant le régime représentatif; et ce sont, à l'heure actuelle, tous les pays civilisés. Les modalités du système varieront assurément; mais dans un avenir prochain, le système sera partout admis et pratiqué. Il n'est pas, en soi, contradictoire avec le principe de la souveraineté nationale tel qu'il était proclamé et compris en 1789. Mais il n'est pas douteux néanmoins que pendant longtemps on a cru que la notion d'après laquelle la souveraineté appartenait à la volonté une et indivisible de la nation, distincte des volontés individuelles, exigeait l'application rigoureuse du système majoritaire et excluait toute part faite au système proportionnaliste. Par conséquent, si, à l'heure actuelle, tous les pays, entraînés par une force qui paraît irrésistible, sont amenés à pratiquer le système proportionnaliste, j'ai le droit d'en conclure qu'il y a là une preuve certaine que la notion de souveraineté nationale, comprise à la manière de 1789, va

chaque jour s'amoindrissant, que cette notion métaphysique fait place à la constatation réaliste de la puissance politique des partis et aussi, on va le montrer au paragraphe suivant, des groupes professionnels.

La question de la représentation proportionnelle a provoqué une littérature extrêmement abondante, dont voici quelques exemplaires : Naville, *La question électorale en Europe et en Amérique*, 1871 ; *La démocratie représentative*, 1881 ; Besson, *Essai sur la représentation proportionnelle*, 1887 ; *Société* pour l'étude de la représentation proportionnelle, *Études* publiées en 1889 ; Saripolos, *La démocratie et l'élection proportionnelle*, 2 vol., 1899, l'ouvrage le plus complet sur la matière ; Clément, *Réforme sociale*, n^os^ février et mars 1906 ; Ch. Benoist, *Pour la réforme électorale*, 1908 ; A. Naquet, *Représentation proportionnelle et gouvernement direct, Revue politique et parlementaire*, septembre 1910, p. 417, avec une réponse de Fernand Faure, *Ibid.*, p. 437 ; G. Lachapelle, *La représentation proportionnelle en Belgique*, même *Revue*, septembre 1910, p. 461 ; Klöte, *Die Proportionalwahl in der Schweiz*, 1899 ; Tecklenburg, *Majoritätwahl oder Proportionalwahl, Zeitschrift de Tübingen*, 1906, p. 341 ; *Die Fortbildung des Wahlverfahrens, Ibid.*, 1909, p. 651 ; Hagenbach-Bischoff, *Verteilung der Sitze bei der proportional Vertretung, Ibid.*, 1908, p. 344 ; *La représentation proportionnelle et le parti socialiste, Enquête, Mouvement socialiste*, mars 1910, p. 191 ; J. Barthélemy, *L'organisation du suffrage et l'expérience belge*, 1912 ; *La réforme électorale en France et le Sénat, Revue du droit public*, 1913, p. 604 ; J. Reinach, *La réforme électorale*, 1912 ; Jaigue, *La représentation proportionnelle*, 1913 ; Lachapelle, *La représentation proportionnelle, Revue politique et parlementaire*, octobre 1913, p. 36 et s. ; Girault, *La représentation proportionnelle et la politique expérimentale, Revue politique et parlementaire*, novembre 1913, p. 258 et s. ; Bondini, *La riforma elettorale con la reprezentanza proporzionale*, 1910 ; Texeire de Mottos, *La reprezentanza proporzionale en teoria e en pratica*, 1911 ; Garner, *Electoral reform in France, American political science Review*, novembre 1913 (tirage à part) ; Fisher Williams, *Recent development of proportional representation, Political science quarterly*, mars 1914, p. 111 ; E. Cahn, *Das Verhältnisswahlsystem in den modernen Kulturstaaten*, 1909 ; Dobraniki, *Ein Proportionalwahlvorschlag : eine analyse des sogennanten limitierten Votums, Archiv des öffentlichen Rechts*, XXVII, 1920, p. 43 et s. ; Tecklenburg, *Graduirte Stimmegebung und d'Hontsches proportional Verfahren*,

Archiv des öffentlichen Rechts, XXVIII, 1911, p. 104 et s.; *Die neuere Entwicklungstendenz des parlamentarischen Wahlverfahrens*, tirage à part de *Archiv für Rechts und Wirthschaftsphilosophie*, 1914; Herrfahrdt, *Das Problem der berufständischen Vertretung von der französischen Revolution bis zur Gegenwart*, 1921.

§ 46. — *La représentation professionnelle.*

L'établissement de la représentation proportionnelle n'est point une réforme électorale suffisante. L'assemblée nommée suivant ce système ne représente que les individus et tout au plus les groupements d'individus en partis politiques et sociaux. Or, il n'y a pas que les individus et les partis qui constituent une nation ; il y a d'autres éléments qui forment l'infrastructure résistante de l'édifice social : ce sont les groupements fondés sur la communauté des intérêts et des travaux, les groupements professionnels, en employant cette expression dans son sens le plus large. Si l'on veut se rapprocher de l'idéal que doit tendre à réaliser toute représentation politique, si l'on veut assurer dans le parlement la représentation de tous les éléments de la vie nationale, il faut placer, à côté de l'assemblée élue par les individus proportionnellement aux forces numériques des divers partis, une assemblée élue par les groupes professionnels.

Pas plus que la représentation proportionnelle, la représentation professionnelle n'est en opposition avec la théorie française de la représentation politique et de la souveraineté nationale. Esmein soutient le contraire : « Le principe de la souveraineté nationale exclut logiquement, dit-il, ce qu'on appelle la représentation des intérêts. » En effet, dit le savant auteur, si ces groupes ont droit à une représentation propre, c'est que chacun d'eux doit être reconnu comme possédant une fraction de la souveraineté, sans qu'on ait à respecter aucune

proportion entre le nombre de leurs membres et la population nationale dans son entier (7e édit., I, p. 312-313).

Il y a là, me semble-t-il, une erreur manifeste. Réduite à ses éléments simples, la théorie française de la représentation revient à ceci : il existe une volonté générale, une volonté de la nation distincte des volontés individuelles ; cette volonté est souveraine ; il faut, autant que possible, en assurer l'expression exacte. L'objet de cette volonté, si elle existe, est d'assurer le maintien de tous les éléments constitutifs de la nation. Or ces éléments sont non seulement les individus, mais aussi les groupes. On assurera donc la représentation de la volonté nationale à cette condition seule qu'on fasse figurer dans le corps représentatif tous les éléments constitutifs de la nation, les individus et les groupes. Bien loin d'être contradictoire avec le dogme de la souveraineté nationale, la représentation professionnelle en est, au contraire, la conséquence logique. Un parlement ne sera représentant du pays qu'à la condition de comprendre les deux éléments qui le constituent : l'élément individuel et l'élément collectif.

Esmein (p. 314) pense que pratiquement la représentation professionnelle présenterait de graves dangers, parce qu'elle amènerait la prédominance des intérêts particuliers sur l'intérêt général. « Ce serait, dit-il, favoriser la lutte des intérêts et des forces, qui par eux-mêmes subissent déjà si difficilement le joug de la raison. » On doit répondre que ce danger est beaucoup plus à craindre avec la représentation exclusive de la population, et que l'exemple de ce qui se passait en France, sous le régime du scrutin uninominal d'arrondissement, en est la preuve irrécusable.

Au surplus, la représentation professionnelle, comme je l'entends, n'est point une représentation des inté-

rêts de petits groupes, mais vraiment une représentation des différentes forces industrielles, artistiques, qui agissent dans le pays et qui sont, on ne saurait le méconnaître, des éléments de premier ordre dans la vie nationale. C'est au législateur à organiser le système électoral qui assurera le mieux la représentation de ces grandes forces sociales. Je ne saurais croire que cette représentation puisse faire prédominer les intérêts locaux et individuels sur les intérêts généraux. Ceux qui repoussent une pareille représentation sont dominés à leur insu par la pure doctrine individualiste, qui ne voit que l'individu et l'État et qui place l'individu isolé et impuissant vis-à-vis de l'État tout-puissant, ou plutôt vis-à-vis d'une majorité numérique omnipotente et tyrannique.

D'ailleurs, le grand mouvement syndicaliste, qui se manifeste dans tous les pays et particulièrement en France, prépare pour un avenir prochain, qu'on le veuille ou non, la représentation professionnelle, qui sera essentiellement une représentation syndicale. Ce mouvement peut traverser, comme en ce moment, des périodes de crise et de régression ; mais je crois fermement qu'il est irrésistible et qu'il prépare, comme j'essayais de le montrer plus haut, au paragraphe 4, une société dans laquelle sera donnée une structure juridique définie aux différentes classes sociales, c'est-à-dire aux groupes d'individus qui sont déjà unis par l'égalité de besogne dans la division du travail social. Il y a là une force sociale considérable qui est en train de prendre conscience d'elle-même et de s'organiser.

C'est pourquoi j'écrivais dès 1908 : « Les faits seront plus forts que les hommes. Peut-être le mouvement syndicaliste n'est-il pas encore assez avancé pour que l'on puisse tenter l'entreprise d'une législation positive sur ce point... Mais certainement, dans un avenir que

verront les jeunes d'aujourd'hui, s'organisera, à côté d'une représentation proportionnelle des partis, une représentation professionnelle des intérêts, c'est-à-dire une représentation des diverses classes sociales organisées en syndicats et en fédérations de syndicats » (*Droit social et droit individuel*, p. 127).

On a dit, il est vrai, que c'est méconnaître le vrai caractère du mouvement syndicaliste, qui est un mouvement anti-étatiste et surtout anti-parlementaire, et que par conséquent le mouvement syndicaliste ne prépare nullement une représentation syndicale au parlement, que le mouvement syndicaliste est d'ordre économique et social et non d'ordre politique.

Je réponds à cela qu'il n'y a pas, qu'il ne peut y avoir d'opposition entre la force économique et sociale d'une part et la force politique d'autre part; que du moins, si cette opposition existe, elle ne peut être qu'anormale et transitoire. J'ai déjà montré au paragraphe 4 qu'il n'y a d'organe politique viable et actif que celui qui représente un élément social, et que d'autre part tout élément social fort et cohérent devient par là même une force politique s'exerçant directement ou par représentation. Dès lors, du moment où le syndicalisme sera devenu un des éléments essentiels de la structure nationale, il sera par là même une force politique, et sa représentation s'organisera spontanément.

Il est certain que la notion d'État personne de puissance publique, telle que l'avait conçue le droit révolutionnaire, tend à disparaître de plus en plus, que la notion de services publics conçus comme la mise en œuvre de la puissance publique tend, elle aussi, à disparaître, et qu'à la notion régalienne, jacobine et napoléonienne de l'État-puissance se substitue une notion surtout économique de l'État, qui devient la coopération des services publics fonctionnant sous le contrôle des gouvernants.

Sous le contrôle des gouvernants : quoi qu'on fasse, quoi qu'on dise, ce contrôle des gouvernants subsistera toujours pour assurer l'harmonie dans les services publics, la continuité dans leur fonctionnement, pour garantir l'application rigoureuse de la loi du service. Il y a là une nécessité de fait que tout esprit positif est obligé de reconnaître. Si cette puissance gouvernante disparaissait, ce serait l'anarchie. Or, il n'y a pas, à proprement parler, de société anarchique, parce qu'il y a toujours dans tout groupement humain des inégalités de force, des forces prépondérantes, et ce sont ces forces prépondérantes qui s'organisent naturellement et spontanément en puissance gouvernante.

C'est donc une erreur sociologique incontestable que de dire que le mouvement syndicaliste est exclusivement un mouvement anti-étatiste et anti-parlementariste, qu'il est d'ordre économique et non d'ordre politique et qu'il ne peut point aboutir à une représentation parlementaire. C'est, en effet, une erreur sociologique absolue que de prétendre qu'il existe une opposition entre les forces économiques et sociales d'une part, et les forces politiques d'autre part. Si, à un moment donné, cette opposition existe, elle ne peut qu'être anormale et transitoire.

Il n'y a d'organe politique viable et actif que celui qui représente un élément social et, d'autre part, tout élément social fort et cohérent devient, par là même, une force politique s'imposant directement ou par représentation. Il n'y avait pas autre chose dans la célèbre théorie du matérialisme historique formulée par Karl Marx. Sans doute, Marx a eu le tort de ne pas voir que dans les sociétés il y avait d'autres forces agissantes que les forces purement économiques, qu'il y avait aussi des forces morales. Et c'est aussi le tort de beaucoup d'hommes politiques d'aujourd'hui qui ne pensent qu'au

rétablissement économique de l'Europe et qui oublient qu'il n'y a pas dans le monde seulement des forces et des questions économiques, qu'il y a des forces morales, qu'on ne peut les ignorer sous peine de rester impuissant, qu'il n'y a pas seulement des questions économiques à résoudre, qu'il y a avant tout une question morale dont la solution conditionne celle de tous les autres problèmes.

La puissance syndicaliste est née comme force économique, c'est incontestable. Mais elle touche au moment de son évolution, où elle va devenir une force politique, une force gouvernante. C'est le devoir du publiciste, du législateur, de l'homme d'État, qui sait comprendre son temps et non pas s'absorber dans je ne sais quelles misérables combinaisons de couloir, quelles mesquines luttes d'arrondissement, qui entend se placer résolument en face des grands problèmes, c'est, dis-je, le rôle de l'homme d'État vraiment digne de ce nom de préparer la représentation syndicale au parlement, parce que le moment est venu où cette force sociale considérable qu'est le syndicalisme demande sa place dans le gouvernement du pays et que si elle ne l'acquiert pas légalement et pacifiquement elle pourrait bien la conquérir par la violence.

Il est vrai que les syndicats, s'ils conquièrent une puissance politique, ne la conserveront que s'ils remplissent les devoirs qui s'imposent à tout détenteur des forces gouvernantes. C'est une loi inéluctable que la puissance est en raison directe des services rendus, et cette loi s'imposera aux syndicats comme elle s'est imposée autrefois à la noblesse, au clergé, à la royauté.

J'ajoute, en terminant, qu'une chambre élue par les groupes syndicaux peut seule constituer un contrepoids à une chambre élue par le suffrage universel des individus. C'est une erreur de croire que le contrepoids à

la puissance d'une chambre issue du suffrage universel puisse se trouver dans les pouvoirs d'un chef d'État élu. Il ne peut exister que dans la représentation de ce qui est dans les pays modernes, à côté de la force du nombre, la grande force sociale et partant politique, la puissance des groupes syndicaux.

L'idée d'une représentation d'éléments sociaux autres que les individus n'est point nouvelle. Assurément, l'Assemblée nationale de 1789 ne songea point à organiser l'électorat professionnel à la manière moderne. En prohibant par la loi Le Chapelier (14-17 juin 1791) toute corporation de corps et métiers, elle s'interdisait d'établir un pareil système. Mais elle affirmait que la population ne devait pas être la seule base de la représentation, que deux autres éléments devaient lui servir de support, le territoire et la contribution, signe extérieur de la propriété. Avait-elle raison ? Il n'y a pas à le rechercher. Mais ce qu'il importe de retenir c'est qu'en 1789-1791 on veut assurer dans le parlement la représentation de ce que l'on considère comme les trois éléments essentiels de la vie nationale (Const. de 1791, tit. III, chap. I, sect. I, art. 2). Dès 1789, Pétion critiquait ce système et disait : « La représentation est un droit individuel, voilà le principe incontestable qui doit déterminer à admettre uniquement la base de la population. En donnant une représentation à la fortune, vous blessez tous les principes » (*Archives parlementaires*, 1re série, X, p. 77). Mais le 10 août 1791, au moment de la revision générale de la constitution, le texte fut voté sans discussion.

Depuis, l'idée d'une représentation des éléments sociaux autres que la population a été à plusieurs reprises indiquée, soit dans les discussions parlementaires, soit dans des propositions de lois, soit même dans les constitutions. Dans le discours prononcé à la Con-

vention au moment du vote de la constitution de l'an III, Sieyès disait : « Si l'on voulait instituer le mieux en ce genre, dans mon opinion, on adopterait une combinaison propre à donner à la législature un nombre à peu près égal d'hommes voués aux trois grands travaux, aux trois grandes industries qui composent le mouvement et la vie d'une société qui prospère, je parle de l'industrie rurale, de l'industrie citadine et de celle dont le lieu est partout et qui a pour objet la culture de l'homme, et le jour viendra où l'on s'apercevra que ce sont là des questions importantes » (*Moniteur,* Réimpression, XXV, p. 294). Ainsi le créateur même de la théorie du mandat représentatif estimait qu'il n'y avait vraiment représentation de la nation que si l'on assurait la représentation des trois grandes forces sociales. L'Acte additionnel de 1815 formulait le principe de la représentation professionnelle, très probablement inspiré par Benjamin Constant : « L'industrie et la propriété manufacturière et commerciale auront une représentation spéciale » (art. 33, § 1).

Deux lois relativement récentes ont fait l'application du principe de la représentation professionnelle pour l'élection de corps qui, il est vrai, n'ont aucunement le caractère politique, la loi du 27 mars 1907 pour l'élection aux conseils de prud'hommes et la loi du 19 février 1908 pour l'élection aux chambres de commerce.

En 1891, l'abbé Lemire, député du Nord, dans un discours à la chambre, indiquait que, selon lui, tout système électoral doit faire une part à la représentation des organisations professionnelles. A la fin d'octobre 1909, au moment de la discussion à la chambre de la représentation proportionnelle, il reprenait la même thèse et il disait : « Je trouve singulier que nous allions, à l'heure actuelle, instituer le scrutin de parti, alors que

de l'aveu unanime de ceux qui observent ce qui se passe en France, les partis sont remplacés par les syndicats. Nous recevons chaque jour des visites, non pas de comités politiques, mais de groupements professionnels, qui viennent nous dire : défendez nos intérêts. Et ils ne distinguent pas entre les opinions politiques de leurs représentants à la chambre... A l'heure qu'il est, les partis politiques sont disloqués et plus ou moins supplantés par une autre organisation qui vient derrière eux : l'organisation syndicale. Comment? C'est au moment où cette organisation syndicale s'élabore à travers tout le pays, c'est à l'heure où elle devient la caractéristique du monde du travail contemporain que vous allez lui répondre, vous, parlementaires, par l'organisation des partis politiques? »

L'idée a été reprise à la chambre au mois de mai 1920, au moment des interpellations provoquées par la tentative de grève générale qui se produisit dans la première quinzaine du même mois et que la force irrésistible de l'opinion publique sut briser en quelques jours. M. Marc Sangnier disait très justement : « Ce que réclament un grand nombre de travailleurs, c'est que le prolétariat organisé ou plutôt la profession organisée, aussi bien les professions manuelles que les professions intellectuelles, aussi bien les travailleurs de la main que ceux du cerveau, c'est que toutes ces forces soient considérées, non comme des forces que l'on consulte seulement de temps en temps et dont on peut ne pas respecter les avis, mais comme faisant intégralement partie de la puissance nationale, si bien qu'à côté de la représentation politique que nous sommes ici, il y ait une représentation, celle des intérêts économiques du pays. Représentation authentique aussi bien que l'autre. La dualité des assemblées existe déjà. A la place de notre sénat politique, je demande un sénat profes-

sionnel... Je crois qu'après la guerre mondiale, une guerre qui a été le point de départ de révolutions dans toutes les nations du monde, nous serions bien imprévoyants et nous aurions une vue étrangement courte si nous refusions de transformer quoi que ce soit de notre vieille constitution monarchique de 1875. Je demande donc qu'on s'oriente dans ce sens; je demande qu'il y ait une double représentation : représentation politique, représentation des intérêts économiques, de tous les intérêts aussi bien de ceux des patrons que de ceux des ouvriers » (Chambre des députés, 21 mai 1920, *J. off.*, p. 1605).

Le fait seul que le développement de ces idées ait été écouté à la chambre sans interruption est symptomatique. Je suis disposé à croire que sous la pression de l'évolution sociale, dans un avenir prochain, une large part sera faite à la représentation professionnelle à côté de la représentation proportionnelle des individus. Il est d'ailleurs peu exact de parler d'une représentation économique s'instituant à côté de la représentation politique. L'une et l'autre sont des représentations politiques, puisqu'elles sont la mise en œuvre de forces, différentes sans doute, mais de forces qui sont les unes et les autres des forces gouvernantes.

Sur la question de la représentation professionnelle, cons. notamment : Prins, *La démocratie et le régime représentatif*, 1889 ; de Greeff, *La Constituante et le régime représentatif*, 1892; La Grasserie, *Revue politique et parlementaire*, 1895, III, p. 253; Shäffle, *Deutsche Kern und Zeitfragen*, 1re série, 1895, p. 120; Sergio Pannunzio, *Syndicalisme et représentation ouvrière*, *Mouvement socialiste*, mai-juin 1910, p. 321; Charles Benoist, *Les sophismes politiques de ce temps*, 1893; *Organisation du suffrage universel*, 1896; *La crise de l'État moderne*, 1895; *Pour la réforme électorale*, 1907; l'auteur a reproduit les mêmes idées dans son rapport précité sur les propositions de loi relatives à l'établissement de la représentation proportionnelle (*J. off.*, *Doc. parl.*, Chambre, session ordinaire, 1905, p. 477). Il faut, y dit-il, orga-

niser la représentation de manière « qu'elle enferme le plus possible de l'homme et de la vie, qu'elle soit proportionnelle non seulement aux opinions, qui ne sont de nous qu'une minime partie, mais à tout ce qui est en nous, humanité, vie, force sociale ». Rapp. mon article, *L'élection des sénateurs, Revue politique et parlementaire,* III, 1895, p. 463; mon livre *L'État, les gouvernants et les agents,* 1903, p. 329 et s.; la discussion des *Libres entretiens,* 1910, n° 5, et aussi, *La représentation syndicale au parlement, Revue politique et parlementaire,* juillet 1911 (tirage à part); Carrière, *La représentation des intérêts et l'importance des éléments professionnels dans l'évolution et le gouvernement des peuples,* 1917; Venson, *Un essai de représentation professionnelle pendant les Cent Jours, l'article 33 de l'acte additionnel, La Révolution française,* juillet-août 1914; G. Smets, *La réforme du sénat belge,* 1919 (publication de l'Institut Solvay).

Dans son discours-programme au moment des élections générales de novembre 1919, M. Millerand a envisagé la création de corps professionnels pour les élections sénatoriales.

§ 47. — *Les gouvernements monarchiques.*

J'emploie ici le mot gouvernement pour désigner ce que très souvent on appelle le *pouvoir exécutif.* Cette dernière expression prête à beaucoup de confusions, comme aussi l'expression pouvoir législatif qu'on lui oppose. Le mot gouvernement est lui-même employé dans deux sens différents. J'ai déjà désigné par le mot gouvernement l'ensemble des organes directeurs de l'État. En parlant ici du *gouvernement,* j'ai en vue cet organe que, dans la langue politique moderne, on oppose au parlement, qui est placé à côté de lui, au sommet de l'État, souvent sous son contrôle, et qui joue particulièrement le rôle actif dans la direction des affaires publiques. Le gouvernement n'est pas toujours un pouvoir au sens vrai du mot; il ne l'a peut-être jamais été, et, en tout cas, il l'est de moins en moins. De plus, l'expression pouvoir exécutif semble impliquer que le gouvernement a toutes les attributions qu'on

qualifie communément d'exécutives et a seulement celles-là ; or, ce n'est point exact, car le gouvernement n'a point toutes les fonctions qualifiées d'exécutives, et il a certaines fonctions qui, certainement, ne sont pas exécutives. Bref, parler du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif, c'est prendre parti sur l'existence, le sens et la portée de la séparation des pouvoirs. Je me suis expliqué à cet égard aux paragraphes 41 et 42.

La structure, les caractères du gouvernement proprement dit sont assez variables. Cependant, sa forme habituelle est celle-ci : un individu est titulaire de toutes les attributions qui appartiennent au gouvernement ; il a des collaborateurs, des subordonnés appelés ministres, dont le rôle politique est variable, et qui ont surtout un rôle important lorsque le gouvernement est *parlementaire*. Ainsi, le plus habituellement, le gouvernement a une structure unitaire ; ce haut personnage qui personnifie le gouvernement est le chef de l'État. Plus rarement, la structure du gouvernement est collective. Il en a été ainsi en France sous le Directoire ; il en est ainsi aujourd'hui en Suisse.

Quand le chef de l'État est héréditaire, le gouvernement est monarchique ; quand il ne l'est pas, le gouvernement est républicain. Je ne vois pas, en effet, d'autre différence possible entre la monarchie et la république que celle-ci : la monarchie est la forme de gouvernement dans laquelle il y a un chef d'État héréditaire ; la république celle où il n'y a pas de chef d'État, ou celle dans laquelle le chef de l'État n'est pas héréditaire.

Ne pourrait-on pas dire que la république n'est pas incompatible en soi avec l'existence d'un chef d'État héréditaire, puisque l'article 1er du sénatus-consulte du 28 floréal an XII porte : « Le *gouvernement de la République* est confié à un empereur qui prend le titre d'em-

pereur des Français », et que ce même sénatus-consulte établit et réglemente « l'hérédité de la dignité impériale »? Ce texte est une disposition de circonstance. Cette formule fut employée pour éviter de blesser une partie de l'opinion publique encore profondément attachée en 1804 à la forme républicaine et hostile à toute monarchie. Mais la contradiction était certaine ; les faits furent plus forts que les formules ; et quelques mois à peine après le sénatus-consulte de floréal, il n'était plus question de république.

Certains auteurs, et notamment Jellinek (*Allgemeine Staatslehre*, 2e édit., 1905, p. 644 et s.), repoussent la distinction que je viens de faire entre la monarchie et la république, et estiment qu'abstraction faite de l'hérédité et de l'élection, il y a république quand l'organe suprême de l'État est composé de plusieurs personnes, et monarchie quand cet organe suprême est constitué par une seule personne. D'après cet auteur, l'organe suprême d'un État est celui qui donne l'impulsion à l'État, celui dont l'inactivité entraînerait en quelque sorte la mort de l'État. C'est en comprenant ainsi la monarchie qu'on parle de monarchie élective, par exemple de l'ancienne monarchie élective de Pologne, de la monarchie élective du Saint-Empire romain.

A tout prendre, il y a surtout une question de terminologie. Mais cependant le critérium proposé par Jellinek paraît bien incertain, parce qu'il est toujours difficile, parfois impossible, d'arriver à déterminer quel est l'organe suprême de l'État dans le sens où il l'entend. Ainsi, par exemple, Jellinek soutient que l'organe suprême du gouvernement anglais est le roi et que c'est pour cela que l'Angleterre est une monarchie ; mais on pourrait soutenir, avec tout autant de raison, que l'organe suprême de l'État anglais est la chambre des communes, et que par conséquent l'Angleterre est

une république. Le savant professeur enseigne que la France est une république parce que l'organe suprême est dans notre pays le parlement. Mais l'activité du président de la République est aussi nécessaire à la vie de l'État que celle du parlement; on pourrait donc dire tout aussi bien que la France est une monarchie. Enfin Jellinek enseignait que, d'après la constitution de 1871, l'organe suprême de l'Empire allemand était le *Bundesrath* (conseil fédéral); il aboutissait à cette conclusion, tout au moins paradoxale, que l'Empire allemand était théoriquement une république.

La monarchie peut être despotique, absolue ou limitée.

La monarchie *despotique* et la monarchie *absolue* ont cela de commun que le monarque réunit tous les pouvoirs et que sa puissance n'est point limitée par la présence à côté de lui d'un autre organe, par la présence d'un parlement. Montesquieu a parfaitement indiqué la différence entre la monarchie despotique et la monarchie absolue. Seulement, il appelle simplement *monarchie* ce que j'appelle monarchie absolue. « Le gouvernement monarchique, dit-il, est celui où un seul gouverne, mais *par des lois fixes et établies*, au lieu que dans le despotique, un seul sans loi et sans règle entraîne tout par sa volonté et ses caprices » (*Esprit des lois*, liv. II, chap. I). Ainsi en effet, dans la monarchie absolue, le monarque fait la loi; mais il est lié par la loi qu'il fait lui-même. Dans la *despotie*, le chef commande sans être lié par aucune règle générale.

Il importe de noter d'ailleurs que si l'on parle de l'absolutisme et du despotisme à propos de la monarchie, c'est parce que dans l'histoire, ce sont les monarchies qui se sont présentées le plus souvent avec ces caractères. Mais tout gouvernement peut être despotique ou absolu, un gouvernement républicain comme un gouvernement monarchique. Le gouvernement sovié-

tique nous offre un exemple parfait de république despotique. Il y a *despotisme* toutes les fois qu'un gouvernement, composé d'un seul ou de plusieurs, commande sans être limité par des lois préétablies; il y a *absolutisme* toutes les fois qu'il n'y a qu'un seul organe de gouvernement réunissant en lui tous les pouvoirs, mais se considérant comme limité par les règles générales, préétablies par lui-même.

La monarchie peut être despotique ou absolue quelle que soit son origine. Souvent les monarques absolus se sont présentés comme investis de leur pouvoir par la divinité elle-même. L'empereur de Russie, empereur absolu jusqu'aux réformes de 1905-1906, était en même temps chef de la religion orthodoxe. Les rois de France du XVIIe et du XVIIIe siècle rattachaient leur pouvoir absolu à une délégation divine. Mais le principe de la souveraineté originaire du peuple n'exclut point forcément l'absolutisme, même le despotisme monarchique. Le despotisme politique n'a pas eu de défenseur plus logique et plus énergique que l'anglais Hobbes, qui affirmait l'existence du contrat social et de la souveraineté originaire du peuple, mais qu'il n'y avait de société politique possible qu'à la condition que chacun fît abandon complet à un seul ou à quelques-uns de son indépendance naturelle. Et J.-J. Rousseau, tout en affirmant l'inaliénabilité de la souveraineté, aboutissait à l'absolutisme de la majorité qui ne vaut pas mieux que celui d'un roi.

Les monarchies limitées. — Les monarchies modernes sont des monarchies limitées. A côté du monarque et partageant avec lui les pouvoirs directeurs de l'État existe un autre organe, un parlement en général, dont une partie au moins est élue à un suffrage plus ou moins étendu.

J'ai montré au paragraphe 4 que la monarchie limitée

est, comme tout gouvernement *mixte* ou composé, le résultat de la coexistence dans un pays donné de deux ou plusieurs forces sociales ou gouvernantes, qui s'organisent politiquement, partagent la puissance politique et se pondèrent réciproquement. C'est un fait naturel aux sociétés modernes à structure complexe, ayant un long passé historique. La monarchie limitée est la forme politique qui encore, dans plusieurs pays modernes, unit en une collaboration continuelle et réglée les forces gouvernantes coexistant dans ces mêmes pays.

Si on laisse de côté les fictions et les hypothèses, si l'on n'admet, comme nous, que les faits, si l'on ne voit dans les gouvernements que des individus ou des groupes d'individus exprimant leur volonté propre, pouvant l'imposer par la force sociale dont ils disposent, quand elle est conforme au droit, la monarchie limitée ne soulève aucune difficulté. La loi, par exemple, y est le résultat du concours de volontés du monarque et du parlement. A cela je n'aperçois aucune difficulté. Inutile, d'ailleurs, même de faire intervenir la notion de volontés concourantes, formant une volonté unique, qui nous ramènerait à l'hypothèse et à la fiction. Il y a des volontés individuelles qui se conditionnent réciproquement et rien de plus.

Mais au contraire, si, comme la majorité des auteurs, on admet le principe de la puissance politique une et indivisible appartenant à un sujet de droit, on se trouve en présence d'un problème insoluble, le problème des *gouvernements mixtes*.

Si le monarque prétend à un droit antérieur à celui du peuple, un droit qu'il tiendrait de son hérédité, soit par prescription, soit par concession divine, on ne voit pas comment son pouvoir pourrait être limité par des organes représentatifs de la volonté nationale. Le roi peut bien alors concéder quelques libertés et quelques

garanties, autoriser même la réunion d'une assemblée élue. Mais ces concessions ne peuvent être que précaires et révocables à la volonté du monarque.

En 1814, Louis XVIII déclarait que la charte était *octroyée*. « Nous avons, était-il dit à la fin du préambule de la charte, volontairement, et par le libre exercice de notre autorité royale, accordé et accordons, fait concession et octroi à nos sujets, tant pour nous que pour nos successeurs, et *à toujours* de la charte constitutionnelle. » Cette formule contenait un mot contradictoire avec le principe de l'*octroi*, le mot *à toujours*. Malgré cela, logiquement, la charte ne pouvait pas diminuer le droit du roi antérieur à celui du peuple, et Louis XVIII et ses successeurs avaient, dans la logique du droit monarchique, le pouvoir de retirer les concessions qu'ils avaient volontairement octroyées. Ce fut le raisonnement fait en 1830 par les ministres de Charles X pour donner l'apparence d'une valeur juridique aux ordonnances du 25 juillet 1830. Les faits furent plus puissants que le droit, et la violation de la charte amena la chute des Bourbons.

Personne, aujourd'hui, ne croit plus au droit divin des rois. La foi au dogme de la souveraineté nationale une et indivisible va chaque jour s'affaiblissant. Mais il compte encore trop de croyants pour que les gouvernements monarchiques puissent paraître l'ignorer. Comment dès lors concilier avec lui l'existence d'une monarchie, même limitée?

On a tenté la chose en faisant du roi un organe de représentation. Le peuple, dit-on, délègue ses pouvoirs à deux organes de représentation, le parlement et le monarque héréditaire. Suivant l'expression de la constitution de 1791, titre III, préambule, article 2 : « Les représentants sont le corps législatif et le roi. » Dans ce système, le roi n'est pas *roi de France*, mais *roi des*

Français, parce qu'il est institué roi par la volonté nationale.

En 1830, Louis-Philippe prend le titre de *roi des Français,* et son investiture est considérée comme le résultat d'un pacte intervenu entre lui et les représentants de la nation. Voici les déclarations faites par le duc d'Orléans, le 9 août 1830, devant les deux chambres : « ... J'accepte sans restriction ni réserve les clauses et les engagements que renferme cette déclaration (la charte revisée) et le titre de *roi des Français* qu'elle me confère et suis prêt à en jurer l'observation. »

Bulletin des lois, 9e série, I, 1re partie, n° 58, p. 46; Duguit et Monnier, *Les constitutions de la France,* p. XCI.

Napoléon Ier et Napoléon III ont pris le titre d'*empereur des Français* et se sont ainsi affirmés comme les représentants de la volonté nationale. Il suffit de rappeler le texte déjà cité de l'article 1er du sénatus-consulte du 28 floréal de l'an XII, et l'article 5 de la constitution de 1852, qui s'appliquera à l'empereur comme au président décennal pour lequel il était écrit, et enfin l'article 21 de la constitution de 1870 : « L'empereur est *responsable* devant le peuple français auquel il a toujours le droit de faire appel. » L'article 5 de la même constitution, prévoyant le cas où l'empereur mourrait sans héritier, portait : « Le peuple nomme l'empereur et règle dans sa famille l'ordre héréditaire. »

En 1903, c'est par un vote du parlement serbe (après l'assassinat du roi Alexandre) que Pierre Karageorgevitch est appelé au trône de Serbie. Aux mois d'octobre et novembre 1905, la Norvège, après sa séparation d'avec la Suède, se donne un roi. Après un plébiscite en faveur de la monarchie, le parlement norvégien a appelé au trône un prince de Danemark et l'a proclamé roi sous le nom d'Haakon VII.

Dans tout cela il me semble qu'il n'y a que fiction,

et que sont inconciliables la souveraineté nationale et l'hérédité monarchique. En effet, en admettant que le roi premier élu soit vraiment représentant du peuple, on ne peut en dire autant de son héritier, qui monte sur le trône sans l'intervention du peuple. On répondra que d'avance le mandat a été donné à l'héritier. C'est un sophisme, car un mandat ne peut être donné qu'*intuitu personæ*, et le peuple ne connaît pas la suite indéfinie des héritiers du monarque qu'il institue. Pour qu'il y ait représentation, il faut qu'un lien existe entre la nation représentée et l'organe de représentation, et que le représentant rende compte au représenté. Cela ne peut exister que si le représentant est investi du caractère représentatif seulement pour un temps déterminé. La monarchie héréditaire ne peut avoir le caractère représentatif parce que son caractère essentiel est d'être un pouvoir d'une durée indéterminée. En reprenant la terminologie des anciens auteurs, on peut dire que l'institution d'une monarchie héréditaire par le peuple est non point une représentation organisée, mais une aliénation consentie.

Dès les premiers jours de sa réunion, l'Assemblée de 1789 se trouva en présence de cette insoluble difficulté. Les longues discussions sur le *veto du roi*, sur son caractère représentatif s'y rattachent directement. Cf. mon étude sur la *Séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789*, 1894, p. 22 et 132. On sait les critiques très vives que souleva le texte proposé par la commission : « Les représentants sont le corps législatif et le roi... Le pouvoir exécutif est délégué au roi », texte devenu les articles 2 et 4 du préambule du titre III de la constitution de 1791. Robespierre, Rewbel, Rœderer protestèrent contre ces dispositions : le roi ne peut pas être un *représentant*, disaient-ils ; on ne peut pas parler de *pouvoir* conféré au roi ; le roi ne peut être qu'un *commis*, ne peut recevoir qu'un pouvoir *commis*, non un pouvoir *délégué ;* il faut parler de *fonction* du roi et non de *pouvoir* (séance du 10 août 1791, *Archives parlementaires*, 1re série, XXIX, p. 320 et 323). Mais Barnave dit, aux applaudissements de la majorité : « Ou le roi *veut* pour la nation dans l'ordre de ses

fonctions constitutionnelles, ou il cesse d'être roi et la forme de gouvernement est changée. Puisqu'il a le droit de vouloir pour le peuple, il est donc *représentant...* », et les textes proposés furent votés (*ibid.*, p. 331).

Il est vrai que dans une série d'articles votés après la fuite du roi et son arrestation à Varennes, le législateur constituant de 1791 détermine les cas où le roi sera censé avoir abdiqué et sera replacé dans la classe des citoyens (tit. III, chap. II, sect. I, art. 5-8). Ainsi la constitution organise une sorte de contrôle du peuple sur son représentant, le roi. La constitution réservait aussi à la nation le droit de changer sa constitution et, par conséquent, de révoquer le pouvoir représentatif qu'elle donnait au roi. « L'Assemblée constituante déclare que la nation a le droit imprescriptible de changer sa constitution » (tit. VII, art. 1er).

C'est par ces procédés qu'on pensait, en 1791, concilier le principe monarchique et le principe de la souveraineté nationale et réserver le droit de contrôle de la nation représentée sur son représentant le roi. C'était une conciliation plus apparente que réelle, car il reste toujours que le prince, qui arrive au trône en vertu de son droit héréditaire, ne peut être, à moins d'une fiction, considéré comme le représentant du peuple, qui n'est pour rien dans son institution.

J.-J. Rousseau n'avait vu aucune antinomie entre le principe de la souveraineté du peuple qu'il affirmait énergiquement et la monarchie héréditaire. Pour lui, le gouvernement est « un corps intermédiaire établi entre les sujets et le souverain, pour leur mutuelle correspondance, chargé de l'exécution des lois... ». Ce gouvernement peut être confié à un roi héréditaire, car les gouvernants n'exercent en réalité aucun pouvoir; ils n'ont aucune part à la souveraineté; ils ne font qu'exécuter la volonté du souverain. Le (gouvernement) « n'est absolument qu'une *commission*, qu'un *emploi*, dans lesquels simples officiers du souverain ils (les gouvernants) exercent en son nom le pouvoir dont il les a faits dépositaires, et qu'il peut limiter, modifier et reprendre quand il lui plaît... (*Contrat social*, liv. III, chap. I). Rapp. liv. III, chap. XVIII et liv. II, chap. VI, note 1, où on lit : « Pour être légitime, il ne faut pas que le gouvernement se confonde avec le souverain, mais qu'il en soit le ministre; alors la monarchie elle-même est république. »

Avec le principe de la souveraineté inaliénable, une et indivisible de la nation, on ne peut faire la théorie juridique de la monarchie limitée qu'en faisant de la

monarchie, suivant l'expression du XVIIIe siècle, une simple *commission* toujours révocable à la volonté du peuple. Or, évidemment, une pareille conception juridique n'est pas conforme à la réalité des faits. Il est incontestable que dans toutes les monarchies modernes, même les plus libérales, le roi est considéré comme détenteur d'une part de la souveraineté, ou, plus exactement, comme collaborant à l'exercice de la souveraineté, et, en fait, il participe vraiment à l'exercice de cette souveraineté. Si l'on ne peut voir en lui un représentant de la volonté nationale, il faut y voir la personnification d'un autre élément de puissance publique, d'une force sociale qui fait sentir son action dans ces pays à côté de la force appelée souveraineté nationale.

Cf. Esmein, *Droit constitutionnel,* 7e édit., 1921, I, p. 301 et s. Rapp. ce qui a été dit plus haut au paragraphe 4 : *De la différenciation des gouvernants et des gouvernés.*

Jusqu'au moment où la défaite de l'Allemagne, au mois de novembre 1918, a entraîné la chute de toutes ses monarchies, celles-ci présentaient le type le plus pur de la monarchie limitée qui n'est pas encore monarchie parlementaire. Le Reichstag, les parlements des États composant l'Empire allemand votaient les lois et le budget, mais n'exerçaient aucun contrôle effectif sur le gouvernement; les ministres ne dépendaient que du monarque et n'étaient point politiquement responsables devant le parlement. Durant la guerre, un mouvement très net vers le parlementarisme se produisit aussi bien dans les États qu'à Berlin, capitale de l'Empire. Les gouvernements monarchiques renversés, les constitutions du Reich (11 août 1919) et des Pays composants, notamment la constitution prussienne du 30 novembre 1920, ont incontestablement voulu instituer un gouvernement parlementaire. L'article 17 de la constitution fédérale en impose même l'adoption à tous les Pays, dans les termes suivants :

« Chaque Pays doit avoir une constitution républicaine... Le gouvernement du Pays doit jouir de la confiance de la représentation populaire. » L'état des esprits et des partis en Allemagne permettra-t-il le fonctionnement normal d'un véritable régime parlementaire? C'est une question à laquelle l'avenir seul permettra de répondre.

Une littérature extrêmement abondante, relative à l'établissement du régime parlementaire en Allemagne, a déjà vu le jour. On peut citer notamment Kœllreuter, *Das parlamentarische System in den deutschen Landesverfassungen*, 1921; Lukas, *Die organisatorischen Grundlagen der neuen Reichsverfassung*, 1920; Kelsen, *Wesen und Werth der Democratie*, 1920; Lusensky, *Der neue Staat*, 1920; Richard Smith, *Grundlinien des deutschen Staatswesens*, 1919; Walter Schilcher, *Das parlementarische System, Archiv des öffentlichen Rechts*, XLI, 1921, p. 257 et s.

§ 48. — *Les gouvernements républicains.*

Ce sont tous les gouvernements dont le titulaire unique ou les titulaires en collectivité ne sont pas héréditaires, n'ont qu'un pouvoir viager ou temporaire. Peu importe donc que le gouvernement soit confié à un seul homme, ou qu'il soit exercé par une collectivité; il sera républicain, s'il n'y a pas hérédité. Le gouvernement qui appartiendrait à un collège de personnes héréditaires ne serait point, à mon avis, gouvernement républicain. Un pareil gouvernement ne serait pas impossible; mais à ma connaissance l'histoire n'en offre pas d'exemple. Si tous les pouvoirs non héréditaires étaient concentrés entre les mains d'un seul ou entre les mains d'une collectivité, il y aurait un gouvernement républicain absolu ou despotique.

Sur le principe même de l'organisation du gouvernement républicain, deux tendances se partagent les États républicains modernes. Suivant l'une, qui procède directement de Rousseau, le gouvernement répu-

blicain n'est qu'une *commission,* un *emploi.* L'individu ou les individus qui le forment n'ont point le caractère de représentants de la nation ; ils sont simplement des agents d'exécution, les commis du parlement, qui seul représente la volonté nationale ; ils doivent rendre compte de tous leurs actes au parlement, devant lequel ils sont responsables ; ils doivent lui obéir en tout et ne peuvent exercer sur lui aucune action.

Dans une autre conception, au contraire, l'individu ou les individus qui forment le gouvernement sont véritablement des représentants de la souveraineté nationale au même titre que le parlement ; ils constituent un organe, qui marche l'égal du parlement, soit que l'on admette que la souveraineté est partagée entre ces deux organes (théorie rigide de la séparation des pouvoirs, cf. § 41), soit que l'on considère que les deux organes collaborent à l'exercice de la souveraineté, mais y participent d'une manière différente à cause de leur structure différente (cf. § 42). Le gouvernement peut, doit peut-être même être soumis ici encore au contrôle du parlement ; mais il pourra exercer à son tour une action sur le parlement ; et la garantie de la liberté résultera précisément de cette action réciproque des deux organes l'un sur l'autre.

La première conception, celle d'un gouvernement républicain composé de *commis,* d'agents d'exécution du parlement, a trouvé dans la constitution montagnarde de 1793 sa réalisation complète. Elle créait un conseil exécutif composé de 24 membres, qui devaient être nommés par le corps législatif sur une liste de présentation établie par les assemblées électorales des départements, à raison d'un candidat par département, et renouvelé par moitié à chaque législature dans les derniers mois de la session (art. 62-64). L'article 65 portait : « Le conseil est chargé de la direction et de la surveil-

lance de l'administration générale ; il ne peut agir qu'en exécution des lois et décrets du corps législatif. » On sait que cette constitution ne fut jamais appliquée, et que les décrets des 19 vendémiaire, 14 frimaire et 12 germinal an II organisèrent le gouvernement révolutionnaire où toute l'activité gouvernementale était concentrée entre les mains de comités nommés par la Convention.

En 1848, au moment de la discussion de la constitution, l'idée de confier les fonctions gouvernementales à un fonctionnaire, simple agent de l'assemblée législative, nommé par elle et ne dépendant que d'elle, fut reprise et défendue par quelques hommes éminents. Ce fut l'objet du célèbre amendement Grévy, ainsi conçu : « Le chef du pouvoir exécutif est élu par l'assemblée ; il prend le titre de président du conseil des ministres. Il est élu pour un temps illimité ; il est toujours révocable ; il nomme et révoque les ministres. » La proposition fut repoussée par 643 voix contre 158 le 7 octobre 1848 (*Moniteur*, 8 octobre, p. 2749).

En 1871, on fut amené par les circonstances à organiser le gouvernement d'après cette conception. Par sa résolution du 17 février, l'Assemblée nationale nommait M. Thiers « chef du pouvoir exécutif de la République française ». On disait dans la résolution : « Il exercera ses fonctions sous l'autorité de l'Assemblée nationale... » Il n'est donc qu'un agent de l'Assemblée nationale, toujours responsable devant elle. La loi du 31 août 1871 confère à M. Thiers le titre de président de la République ; mais, d'après l'article 1er de cette loi, « il continuera d'exercer sous l'autorité de l'Assemblée nationale, tant qu'elle n'aura pas terminé ses travaux, les fonctions qui lui ont été déléguées par décret du 17 février 1871 ». Le chef du gouvernement reste donc un simple *commis* de l'Assemblée, constamment responsable devant elle.

La loi du 13 mars 1873 prétend modifier cette situation et donner à M. Thiers la qualité de chef d'État, en transportant sa responsabilité politique sur la tête de ses ministres; mais, pleine de contradictions, cette loi maintient la responsabilité du président de la République devant l'Assemblée pour les questions qui se rattachent à la politique générale du gouvernement (art. 4). De fait, quelques mois après, le 24 mai 1873, M. Thiers était obligé de se retirer devant un vote de l'Assemblée.

Cf. Hanoteaux, *Histoire de la France contemporaine*, 1906, I, p. 60 et s.; J. Simon, *Histoire du gouvernement de M. Thiers*, 1879; Pierre-F. Simon, *A. Thiers, chef du pouvoir exécutif* (*17 février 1871-24 novembre 1873*), 1911.

L'idée d'un gouvernement composé de commis du parlement est bien celle qui paraît avoir présidé à l'organisation du gouvernement en Suisse. Le gouvernement fédéral et les gouvernements des cantons sont constitués par un conseil ou un directoire dont les membres sont élus ou par le corps législatif ou directement par le peuple. Le conseil exécutif fédéral est élu pour trois ans par le conseil national et le conseil des États réunis. Le conseil fédéral est présidé par le président de la Confédération nommé pour une année par l'assemblée fédérale et choisi parmi les membres du conseil. Les fonctions gouvernementales n'appartiennent point au président de la Confédération, mais au conseil fédéral (Const. 1874, art. 95-102). Il est d'usage que le président de la Confédération remplisse les fonctions de ministre des Affaires étrangères. Le système suisse est quelquefois appelé *gouvernement directorial*.

Cf. Burckhardt, *Kommentar der schweizer Bundsverfassung*, 1904; J. Barthélemy, *Le pouvoir exécutif dans les républiques modernes*, 1907, p. 260 et s.; Soubies et Carette, *La république démocratique, étude sur la constitution suisse*.

Le système d'un gouvernement républicain, simple

commis du parlement, est sans inconvénients dans un petit pays comme la Suisse où l'éducation politique est parvenue à un très haut point, où les esprits sont calmes et pondérés. Mais dans un grand pays, il présenterait de graves dangers. Par là, en effet, on concentre tous les pouvoirs entre les mains du parlement qui devient facilement tyrannique, étant omnipotent. Il est élu; qu'importe? Agissant sans contrepoids, il dispose d'un pouvoir qui deviendra facilement une dictature. Il y viendra d'autant plus aisément qu'il peut s'appuyer sur l'élection populaire dont il est issu. Si l'on a pris des garanties contre le despotisme des rois, il n'est point inutile d'en prendre aussi contre le despotisme des parlements.

Le moyen qui paraît le plus simple est de créer, à côté du parlement, un organe de gouvernement qui ne soit pas le simple agent d'exécution du parlement, qui ne dépende pas exclusivement de lui et qui puisse exercer sur lui une action directe et effective, de telle sorte que la garantie de la liberté résulte précisément de l'action réciproque que le parlement et le gouvernement exerceront l'un sur l'autre. Dans un pays où l'on reconnaît le principe de la souveraineté nationale et où l'on pratique le système représentatif, le meilleur moyen d'arriver au but indiqué est, semble-t-il, de faire du gouvernement, soit qu'il appartienne à un seul, soit qu'on le confie à une collectivité, un organe de représentation, de placer ainsi à côté l'un de l'autre deux organes de représentation se limitant réciproquement.

Cette façon de concevoir et d'organiser le gouvernement a été combattue comme étant contraire aux vrais principes du gouvernement républicain. Le 28 janvier 1875, au moment de la discussion de la loi du 25 février 1875, M. Naquet présentait l'amendement suivant : « Le pouvoir exécutif est confié à un président du conseil

sans portefeuille, responsable devant la chambre, élu et révocable par elle et qui prend le titre de président de la République. » La proposition fut repoussée à une très forte majorité (*Annales de l'Assemblée nationale de 1871*, XXXVI, p. 333).

La même idée était exprimée par M. Goblet, en 1894, à propos d'une proposition de revision constitutionnelle. « A nos yeux, disait-il, il ne s'agit pas seulement pour avoir la république de faire de la monarchie un régime électif et à temps ; mais il s'agit de substituer à un pouvoir exécutif ayant une action propre et indépendante, un pouvoir exécutif subordonné, et à des assemblées simplement de législation et de contrôle, une assemblée nationale qui ne légifère pas seulement, mais qui dirige » (séance 12 mars 1894, *J. off.*, *Déb. parl.*, Chambre, p. 497).

Je ne crois pas que l'existence d'un organe de gouvernement, ayant le caractère représentatif, placé à côté du parlement élu, et collaborant avec lui à l'activité de l'État, puisse être une atteinte aux principes démocratiques et républicains. Je crois au contraire qu'elle en sera l'application et la garantie. La tyrannie sanglante de la Convention, assemblée unique, réunissant les pouvoirs de législation et de direction, est, ce me semble, une expérience suffisante. Mais je reconnais volontiers que c'est un problème délicat de déterminer la composition et le mode de nomination de l'organe représentatif d'exécution. Si on le constitue par un seul individu, nommé au suffrage universel, il est à craindre que surtout dans un pays comme la France, centralisé politiquement et administrativement, imprégné de monarchisme, voire même de césarisme, le chef du gouvernement n'aspire et peut être n'arrive à la dictature. Le coup d'État du 2 décembre 1851 fait par le prince Louis-Napoléon, président de la République,

élu au suffrage direct et universel, démontre que des craintes de ce genre ne sont pas chimériques. Si le chef de l'État est élu par un suffrage restreint, il est sans autorité et sans force sur le parlement élu au suffrage universel. Le mode d'élection de notre président de la République actuel est la cause principale de son rôle de plus en plus effacé. Si l'on confie le gouvernement à un collège, on court le risque de rompre son unité et de créer au sommet de l'État une véritable anarchie. La période du Directoire de l'an III à l'an VIII, pendant laquelle le pouvoir gouvernemental appartient à cinq directeurs, est marquée par une série de coups d'État et des conflits de tout genre, dont la cause principale est l'anarchie gouvernementale provenant assurément de la collégialité du gouvernement.

Les Américains ont donné une solution qui était avant la guerre préconisée par quelques bons esprits. Beaucoup de gens, même parmi les Américains, se demandent aujourd'hui si elle est aussi bonne qu'on le croyait autrefois. L'expérience wilsonienne a fait naître bien des doutes à ce sujet. En tout cas, si le système des États-Unis cadrait avec les conditions politiques et sociales de ce pays, il répondrait bien mal à celles de notre pays.

Le président de la République est nommé pour quatre années par le suffrage populaire s'exerçant à deux degrés avec mandat impératif. Malgré ce mode d'élection, qui fait véritablement du président le *représentant* du peuple américain, malgré ses pouvoirs très étendus (qui ont fait donner au gouvernement des États-Unis le nom de *gouvernement présidentiel*), malgré le prestige considérable que certains événements lui ont valu, le président de la République américaine n'est point devenu et ne paraît point devoir jamais devenir un dictateur. M. Bryce dit très justement : « Il n'est point

aisé d'imaginer un président renversant la constitution existante. » De cela les raisons sont nombreuses. La principale réside dans le caractère fédéral des États-Unis et, en même temps, dans l'étendue du pays et la diversité des éléments qui le composent. Assurément, la nation américaine marche vers la centralisation et l'unité; la compétence du gouvernement fédéral s'accroît chaque jour; mais les États particuliers ont encore une notable autonomie. D'autre part, si le peuple américain paraît acquérir, depuis trente ans surtout, la conscience claire de son unité nationale, il est loin d'avoir, il n'aura peut-être jamais, par suite des éléments divers qui le composent, par suite des apports toujours nouveaux d'une immigration importante, l'homogénéité qui caractérise quelques-unes des vieilles nations européennes et particulièrement la nation française. Toute tentative de coup d'État réalisable dans un pays fortement centralisé, avec une armée prétorienne, serait en Amérique condamnée à un échec certain, et les citoyens de la libre Amérique n'ont rien à redouter à cet égard.

Ces quelques mots sur la présidence américaine montrent combien sont chimériques les opinions de ceux qui voudraient instituer en France une présidence sur le modèle américain. Aucun des éléments sociaux qui ont fait le président américain ce qu'il est n'existe dans notre pays; et l'on se trompe étrangement en croyant que quelques textes d'une loi constitutionnelle suffiraient à donner à notre président le prestige et les pouvoirs du chef d'État américain.

Cons. sur la présidence de la République aux États-Unis, Bryce, *La République américaine*, édition française, 1900, I, p. 64 et s.; Freeman Snow, *Cabinet government in the United States*; W. Wilson, *Le gouvernement congressionnel*, édition française, 1901; J. Barthélemy, *Le pouvoir exécutif dans les Républiques modernes*, 1907, p. 55 et s.; Bosc, *Les droits législatifs du président des États-Unis*, 1906; Hughes, *The philosophy of the federal constitu-*

tion, 1908; Finley et Sanderson, *The american executive*, 1908; Putney, *United States constitutional history*, 1908; A. Beard, *The principles of american government*, 1909; T. Janny, *The government of the United States*, 1902; D.-K. Watson, *The constitution of the United States*, 1910; Perry Belmont, *Le régime personnel aux États-Unis*, *Revue politique et parlementaire*, août 1915, p. 161; J.-W. Garner, *Le pouvoir exécutif en temps de guerre aux États-Unis*, *Revue du droit public*, 1918, p. 13.

Il faut bien reconnaître qu'aucune des tentatives faites en France pour organiser le gouvernement républicain n'a été très heureuse. La constitution de l'an III créait un directoire composé de cinq membres renouvelés par cinquième tous les ans et nommés par le conseil des anciens sur une liste décuple du nombre des membres à nommer, formée par le conseil des cinq cents (art. 133). Il était spécifié dans l'article 132 que le corps législatif faisait alors *fonction d'assemblée électorale au nom de la nation, et que le pouvoir exécutif était délégué* à un directoire de cinq membres. De ces textes, il résulte très nettement que le directoire était, dans la pensée des auteurs de la constitution de l'an III, véritablement un organe représentatif, et même un organe représentatif pour l'exercice du pouvoir exécutif, conçu à la manière de 1791 comme un élément de la souveraineté elle-même (cf. § 41). Cette organisation fut une des causes principales de l'anarchie gouvernementale qui rendit possible le coup d'État du 18 brumaire et la constitution de l'an VIII, laquelle prépara la concentration de toute la puissance entre les mains du premier consul d'abord et de l'empereur ensuite.

Les auteurs de la constitution de 1848, éclairés par l'expérience de l'an III, ne songèrent point à établir la collégialité du gouvernement. Ils créèrent un chef d'État avec le titre de président de la République, duquel ils voulurent faire vraiment un organe de représentation, investi du pouvoir exécutif encore compris à la manière

de 1791 comme un élément de la souveraineté : « Le peuple français *délègue* le pouvoir exécutif à un citoyen qui reçoit le titre de président de la République » (art. 43). Ce président est élu pour quatre ans par le suffrage direct et universel; il est véritablement un représentant de la nation. Ainsi, il y a deux organes de représentation : le parlement et le gouvernement personnifié par le président. Comme en l'an III et en 1791, on veut régler la situation de ces deux organes d'après le principe de la séparation des pouvoirs et éviter, par la vertu de ce principe, les conflits entre eux. On n'y réussit guère, puisque, à la faveur de son nom, de la légende napoléonienne et surtout de l'autorité et du prestige que lui donnait son élection au suffrage universel, le président de la République déchire la constitution, disperse le corps législatif, et après le 2 décembre 1851 se trouve seul maître du pays.

La constitution de 1852, faite par le prince Louis-Napoléon, en vertu du plébiscite du 20 décembre 1852, lui donnant mandat de faire une constitution sur *les cinq bases* de la proclamation du 2 décembre, attribue au président de la République d'une manière très nette le caractère représentatif. « Le gouvernement de la République française est confié pour dix ans au prince Louis-Napoléon, président actuel de la République française. Le président de la République gouverne au moyen des ministres, du conseil d'État et du corps législatif. La puissance législative s'exerce collectivement par le président de la République, le sénat et le corps législatif » (Const. 1852, art. 2-4). En droit, c'est la totalité de la souveraineté qui est déléguée au prince président; mais ses pouvoirs sont limités en matière législative par la participation du corps législatif à la confection des lois. Le caractère représentatif du chef de l'Etat est complété et en quelque sorte sanctionné

par la disposition de l'article 5 édictant la responsabilité du président devant le peuple, disposition maintenue quand l'empire héréditaire remplace la république décennale.

La constitution de 1875 a aussi créé un président de la République qui personnifie le gouvernement et qui a véritablement le caractère de chef d'État. Aujourd'hui, en fait (cf. *infra*, § 49), à beaucoup d'égards, le président de la République est traité comme un simple agent; mais il est facile d'établir que, d'après le droit de 1875, le président de la République a véritablement le caractère représentatif et que le gouvernement qu'il personnifie est à côté du parlement un second organe de représentation. Quand, le 24 mai 1873, sur l'interpellation du duc de Broglie et le vote de l'Assemblée nationale, M. Thiers fut obligé de se retirer, le maréchal de Mac-Mahon fut élu président de la République. Après les tentatives infructueuses d'une restauration monarchique au profit du comte de Chambord, est votée la loi du 20 novembre 1873, dite *loi du septennat*, dont l'article 1er porte : « Le pouvoir exécutif est confié pour sept ans au maréchal de Mac-Mahon... à partir de la promulgation de la présente loi; ce pouvoir continuera à être exercé avec le titre de président de la République et dans les conditions actuelles jusqu'aux modifications qui pourraient y être apportées par les lois constitutionnelles. »

Le nouveau président de la République n'est pas, comme M. Thiers, responsable politiquement devant l'Assemblée, puisqu'une durée fixe de sept années lui est assurée. On crée en la personne du maréchal une sorte de monarchie constitutionnelle. Ne pouvant faire une monarchie définitive, l'assemblée fait une monarchie temporaire. On dit bien, dans l'article 1er de la loi, que « le président continuera à exercer le pouvoir exé-

cutif dans les conditions actuelles ». Mais ces expressions ne peuvent viser la loi des Trente (L. 13 mars 1873) faite spécialement en vue de M. Thiers; elles ne peuvent pas davantage impliquer une responsabilité du Maréchal devant l'assemblée, puisqu'on donne à ses pouvoirs une durée fixe de sept années. Le président devenait vraiment roi constitutionnel pour sept ans, et de même qu'au roi constitutionnel on reconnaît le caractère représentatif, de même on l'attribuait au président de la République.

Votée après de longues péripéties (cf. Duguit et Monnier, *Les constitutions de la France, Notices historiques*, p. CXXXIV et s.), la loi du 25 février 1875 reconnaît implicitement au président de la République le caractère qui lui était donné par la loi du 20 novembre 1873. Le maréchal de Mac-Mahon n'était que le premier président de la série indéfinie des présidents futurs de la République. L'amendement Wallon, devenu l'article 2 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, règle le mode de nomination du président, mais ne détermine point son caractère juridique. Il reste fixé par la loi du 20 novembre 1873. La loi constitutionnelle nouvelle ne se borne pas, comme les *septennalistes* le demandaient, à organiser une république de sept ans; elle fait de la république le gouvernement définitif du pays; elle organise le gouvernement, mais elle ne change rien au caractère du président de la République tel qu'il avait été fixé par la loi du 20 novembre.

Ainsi, d'après la constitution de 1875, le président de la République est chef d'État personnifiant le gouvernement; il est investi du pouvoir exécutif; il n'est pas un simple agent du parlement; il est, comme le parlement, un organe de représentation. Mais, en fait, sous l'action de causes qui seront étudiées plus loin, le président de la République tend à n'être plus qu'un

simple agent, un simple commis du parlement, et le gouvernement à n'être plus un organe de représentation, mais seulement une autorité administrative.

§ 49. — *Rapports du parlement et du gouvernement.*

Lorsque l'individu ou les individus qui exercent les fonctions de gouvernement ne sont rien autre chose que les agents ou les commis du parlement, la question de leurs rapports avec le parlement ne soulève aucune difficulté. Ils ne peuvent exercer aucune action sur le parlement; ils ne peuvent, par exemple, ni l'ajourner ni le dissoudre ; ils sont responsables de tous leurs actes devant lui ; il doit pouvoir à chaque instant les congédier ; ils sont les simples exécuteurs de ses volontés. Ce système aboutit incontestablement à la concentration de toute la puissance entre les mains du parlement. C'était l'idéal des auteurs de la constitution montagnarde en 1793, et c'est celui de l'école radicale actuelle (cf. § 48 la proposition Naquet en 1875 et la déclaration de M. Goblet en 1894).

La question des rapports du gouvernement et du parlement devient très délicate, quand les hommes qui, en fait, sont investis des fonctions gouvernementales, ne sont pas considérés comme les simples commis du parlement. La solution de cette question présente en même temps une importance de premier ordre. Si, en effet, un seul organe politique concentre tous les pouvoirs, c'est fatalement l'arbitraire, la tyrannie. Il faut donc deux organes politiques. Mais si les rapports de ces deux organes ne sont pas ingénieusement réglés, des conflits, des coups d'État, des révolutions sont à craindre ; l'expérience le prouve.

On peut concevoir que le chef du gouvernement, auquel on reconnaît un droit propre ou qui s'attribue

en fait et en droit le caractère de représentant de la volonté nationale, concentre, en vertu de ce droit propre ou de ce caractère représentatif, tous les pouvoirs, mais néanmoins consente à l'élection d'un parlement venant limiter son pouvoir législatif, la loi ne pouvant être faite que du consentement du parlement et du chef de l'État. Un pareil système aboutit incontestablement à la subordination complète du parlement au chef de l'État et peut, suivant le tempérament de celui-ci et les circonstances, équivaloir, à peu de choses près, à un régime de monarchie absolue. La présence d'un parlement élu, quelque limités que soient ses pouvoirs, constitue cependant, au profit des gouvernés, une garantie dont il ne faut pas méconnaître l'importance, et parfois un pareil régime a conduit, par la force des choses, à l'établissement d'un véritable système parlementaire.

Cette conception d'un chef d'État concentrant en lui tous les pouvoirs, acceptant volontairement la nomination d'un parlement élu en tout ou en partie, qui participera avec lui à la confection des lois, a été celle de la charte de 1814. Le roi de France monte sur le trône en vertu de son droit héréditaire et divin; la continuité monarchique n'a pas été interrompue en droit; il y a eu seulement des usurpateurs de fait. Il accorde, il *octroie* « volontairement et par le libre exercice de son autorité royale », une charte qui va régler « les formes du gouvernement du roi..., qui est le chef suprême de l'État »; seule « la puissance législative s'exerce collectivement par le roi, la chambre des pairs et la chambre des députés »; le roi a seul l'initiative; la loi n'existe que par sa sanction; toutes les autres fonctions politiques sont exercées par le roi seul. V. particulièrement art. 13 et s. de la charte de 1814.

Cons. Bonnefon, *Histoire du gouvernement parlementaire sous la*

Restauration, 1905 ; J. Barthélemy, *Introduction du gouvernement parlementaire*, 1904.

Sous l'action de circonstances que je n'ai pas à étudier ici, et qui ont été très bien décrites par les auteurs que l'on vient de citer et aussi par M. Duvergier de Hauranne, dans son grand ouvrage, malheureusement inachevé, *Histoire du gouvernement parlementaire*, le régime politique de la charte de 1814, qui pouvait être le prélude du retour à la monarchie absolue, prépare, au contraire, l'établissement en France du régime parlementaire complet, fondé sur l'égalité de pouvoir du parlement et du gouvernement, sur leur collaboration constante et sur leur action réciproque.

Napoléon Ier et Napoléon III, l'un et l'autre, ont affirmé qu'ils étaient investis d'un mandat par lequel le peuple leur avait conféré sa souveraineté. « Le gouvernement de la République est confié à un empereur... » (S.-C. du 28 floréal an XII, art. 1er). « Le gouvernement de la République française est confié pour dix ans au prince Louis-Napoléon Bonaparte » (Const. 1852, art. 2), lequel devient empereur héréditaire, en vertu du sénatus-consulte du 7 novembre 1852 ratifié par le plébiscite des 21 et 22 novembre. Le pouvoir des deux empereurs, représentants de la volonté nationale, n'est limité qu'en matière législative. Sous le premier Empire, la limitation, si elle existe en droit, est en fait complètement illusoire. Il en est de même pendant les premières années du second Empire. Mais sous la pression de l'opinion publique, des réformes libérales sont successivement introduites; le sénatus-consulte constituant du 21 mai 1870 organise un véritable système parlementaire.

Cf. H. Berton, *Évolution constitutionnelle du second Empire*, 1900.

Avant 1918, la presque unanimité des publicistes allemands soutenaient que dans les États et dans l'Em-

pire la puissance se concentrait tout entière dans la personne du monarque, que son pouvoir sans doute était limité par le parlement, mais que le monarque était censé n'avoir limité son pouvoir que dans les bornes qu'il avait expressément indiquées, qu'il conservait le libre choix de ses ministres, que pour les cas non prévus et pour le cas de conflit insoluble avec le parlement le monarque reprenait tout son pouvoir. On peut dire ainsi que dans les États allemands et dans l'Empire allemand existait une monarchie simplement limitée, le monarque pouvant toujours reprendre son pouvoir absolu.

Cette théorie a été surtout soutenue au cas où le parlement refuse le vote du budget. Laband a consacré de longs développements pour démontrer que lorsque le parlement ne vote pas le budget, le monarque a le droit de l'établir lui-même. Il écrit : « Si vraiment le parlement a le droit de refuser chaque année au ministère l'autorisation de percevoir les recettes et d'effectuer les dépenses, et si le ministère est mis dans l'alternative de céder la place à un successeur agréable à la majorité parlementaire ou d'être mis en accusation pour violation de la constitution, la conséquence est qu'en fait le monarque a perdu ses droits de gouvernement et a été remplacé dans ses droits par le parlement. Alors le véritable chef de l'État n'est pas le roi ; c'est la démagogie toute-puissante dans les élections ; le principe de la constitution de l'empire, — d'après lequel l'empereur a le droit de nommer le chancelier de l'empire, — se trouve, lorsqu'on l'applique à l'Empire allemand, n'être qu'un mot vide de sens » (*Droit public*, édition française, 1904, VI, p. 397).

Laband applique ainsi à l'Empire allemand les théories qui avaient été construites pour les monarchies particulières.

Cf. notamment Rönne, *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie*, 3e édit., 1870; Seydel, *Bayerisches Staatsrecht*, 2e édit., 1896.

J. Barthélemy (*Revue du droit public*, 1905, p. 717) disait très justement : « Un des traits qui se dégage avec le plus de netteté de l'ensemble des doctrines politiques des Allemands, c'est l'aversion qu'ils professent pour le système de gouvernement, qu'avec une manière de dédain ils appellent *Das Parlementarismus*. » Barthélemy montrait aussi très bien comment, particulièrement en Prusse, les circonstances et spécialement l'arrivée aux affaires en 1862 de M. de Bismarck arrêtèrent l'évolution de la constitution prussienne dans le sens libéral. Cependant la retraite du chancelier prince de Bulow en 1909, devant l'opposition qu'il rencontrait au Reichstag, n'est elle pas la preuve que le gouvernement de l'Empire allemand, quoi qu'en disent ses légistes, évoluait, dès ce moment, vers le parlementarisme ?

Aujourd'hui, au contraire, depuis la promulgation de la constitution républicaine de 1919, la plupart des publicistes allemands parlent du *parlementarismus* avec autant de respect qu'auparavant ils mettaient dans ce terme de réserve et d'ironie, et j'ai dit à la fin du paragraphe 47 qu'une littérature très abondante avait déjà vu le jour sur la nature du gouvernement parlementaire.

Si les deux organes, parlement et gouvernement, sont considérés comme ayant une puissance égale, soit parce qu'ils émanent de deux éléments différents auxquels cependant appartient en fait une force égale, soit parce qu'on voit dans l'un et l'autre des organes de représentation de la volonté nationale, comment doivent se régler leurs rapports?

La solution du problème a d'abord apparu dans le système de la séparation des pouvoirs : le parlement,

a-t-on dit, est organe de représentation pour le législatif et le gouvernement organe de représentation pour l'exécutif. C'est le système que les auteurs de la constitution de 1791 croyaient trouver en Angleterre et dans l'*Esprit des lois*. Ils voulurent l'instituer en France; on sait au prix de quelles contradictions et quel en fut le résultat (cf. *supra*, § 41). En l'an III et en 1848, on voulut revenir à ce système sans plus de succès.

On dit couramment que si le système de la séparation des pouvoirs n'a pas réussi en France, au contraire il a fait merveille dans la République américaine et a permis aux deux organes de l'État, la présidence de la République et la législature, d'agir dans leur sphère respective sans se heurter. Il y a là une erreur ou du moins une vision incomplète des choses. On a déjà fait observer (§ 42) que la pensée des auteurs de la constitution américaine fut en 1787 d'édifier un système politique sur le modèle anglais et fondé par conséquent sur la collaboration continuelle des organes et non point sur leur séparation et leur isolement. Pour beaucoup de raisons très diverses et très complexes, il s'est trouvé que, par son évolution naturelle, le gouvernement américain s'est profondément différencié du régime anglais. L'institution essentiellement anglaise d'un cabinet (conseil des ministres), organe politique intermédiaire entre le chef de l'État et le parlement, solidairement responsable devant le parlement et chargé d'assurer la collaboration constante des deux organes supérieurs de l'État, est absolument inconnue en Amérique. A la différence des chefs d'État parlementaires, le président américain est personnellement responsable de ses actes « non pas tant, dit Bryce, devant le congrès que devant le peuple par qui il est choisi ». Pendant la durée de ses pouvoirs de quatre années, la mise en accusation par la procédure de l'*impeachment* est le seul moyen de mettre en

pratique cette responsabilité. Quant aux ministres, ils ne forment point un conseil; ils ne font point partie du parlement; ils ne sont point politiquement responsables devant lui. Les ministres dépendent exclusivement du président de la République. Le gouvernement est exclu du congrès et paraît devoir se trouver ainsi dans l'impossibilité d'exercer une action sur lui. Par là il semble que la séparation des deux organes est complète.

Dans la réalité, il n'en est rien; il existe en fait et en droit une collaboration intime du parlement et du président de la République. D'abord le congrès participe à l'exercice du gouvernement, car le président ne peut prendre aucune décision importante sans le concours du sénat. Il ne peut notamment conclure des traités qu'avec l'avis conforme du sénat, avis qui doit être donné par les deux tiers des sénateurs présents. L'avis du sénat est aussi nécessaire pour nommer les ambassadeurs, les consuls, les juges à la cour suprême et tous les autres hauts fonctionnaires fédéraux. Personne n'ignore que c'est en vertu de ce pouvoir que le sénat américain a refusé d'approuver le Traité de Versailles négocié et signé par le président Wilson.

A l'inverse, le président exerce une certaine action sur le congrès et participe à la fonction législative. Il peut convoquer les deux chambres dans les circonstances extraordinaires. Il n'a pas, à vrai dire, l'initiative législative, mais il doit mettre le congrès au courant de la situation de l'Union et appeler son attention sur les mesures à prendre. Enfin, il peut opposer un veto aux bills et résolutions votés par le congrès, lequel peut maintenir son vote après nouvelle délibération, à la condition que ce vote réunisse dans les deux chambres une majorité des deux tiers. C'est, d'après tous les bons juges, par son veto suspensif que le président américain

exerce surtout son pouvoir effectif. M. Bryce écrit : « La seule vraie force du pouvoir exécutif, le rempart derrière lequel il peut résister à l'assemblée législative, c'est en temps ordinaire son droit de veto. En d'autres termes, il survit comme exécutif, non pas en vertu de ses fonctions propres, *mais bien à cause de la part qu'il a reçue dans les fonctions législatives ;* il maintient sa position par la force des choses, *non parce qu'il est séparé du pouvoir législatif,* mais plutôt parce qu'il participe à un droit qui appartient en réalité à ce pouvoir » (*La République américaine,* I, p. 324-325).

Ainsi cette constitution, qu'on nous présente toujours comme fondée sur le dogme de la séparation des pouvoirs, ne fonctionne normalement que grâce à la part qu'elle donne au chef du pouvoir dit exécutif dans la confection des lois, à la brèche qu'elle apporte à ce fameux principe. Qu'on ne nous vante donc plus les merveilleux effets de la séparation des pouvoirs aux États-Unis !

Cette action du président de la République américaine sur le pouvoir législatif a considérablement grandi ces derniers temps sous l'empire de causes diverses. Cela a été particulièrement mis en relief par J. Barthélemy dans son livre déjà cité, *Le pouvoir exécutif dans les républiques modernes,* 1907, p. 102 et s. Le président exerce une action très efficace sur le pouvoir législatif ; il possède une véritable initiative reconnue par les orateurs parlementaires eux-mêmes. J. Barthélemy a pu écrire très exactement : « Nous croyons en avoir assez dit pour que l'on voie ce qu'a d'artificiel, de littéraire, quand on l'applique à l'époque actuelle, la thèse de l'infériorité, par rapport à l'initiative formelle des pays parlementaires, des *conseils* que donne au congrès le président des États-Unis » (*Revue politique et parlementaire*, 1906, I, p. 294).

J'ajoute : cela montre combien sont dans l'erreur ceux qui parlent encore de l'application faite en Amérique du principe de la séparation des pouvoirs. Barthélemy dit aussi très justement : « Loin de suivre la volonté du congrès, les présidents savent lui imposer la leur. Ils sont véritablement les chefs de leur pays. » Le président Taft, élu en 1909, s'est montré dès son élection disposé à imposer, comme ses prédécesseurs, sa volonté au congrès. Le 18 mars 1909, à l'inauguration du monument Cleveland, il disait que le véritable danger aux États-Unis était la tendance du congrès à vouloir exercer un contrôle sur les prérogatives du pouvoir exécutif.

Malgré cette autorité et cette indépendance du président, la forme fédérale des États-Unis empêche qu'on puisse craindre en quoi que ce soit l'établissement d'une dictature présidentielle. Il faut ajouter que le président américain n'est élu que pour quatre ans, que l'exemple donné par Washington a imposé la règle, jamais violée, que le même président ne peut être réélu qu'une fois et qu'il y a là une nouvelle et forte garantie contre le danger d'une dictature présidentielle.

Mais d'autre part, le grave inconvénient du système américain réside dans les conflits qui peuvent naître entre le congrès et le président, conflits pour la solution desquels la constitution n'organise aucun moyen et qui sont inévitables lorsque, comme il arrive parfois, le président appartient à un parti, démocrate ou républicain, qui n'a plus la majorité au congrès. On l'a bien vu au moment où le président Wilson, élu du parti démocrate, a demandé au sénat, dont par l'effet de nouvelles élections la majorité était passée au parti républicain, la ratification du traité de Versailles, ratification qui lui a été refusée. Dans un pays pratiquant le régime parlementaire, comme la Grande-Bretagne

ou la France, le ministre se serait retiré, le chef de l'État irresponsable n'aurait point été atteint par ce vote, il aurait pris un nouveau ministère dans la majorité du parlement et l'activité gouvernementale n'aurait pas été interrompue un seul instant; les négociations diplomatiques auraient été immédiatement reprises sur d'autres bases. En Amérique au contraire, par suite de sa constitution, tout a été arrêté pendant près d'un an. Les ministres ne sont que les secrétaires du président; ils échappent complètement à l'action du congrès; le président est politiquement irresponsable; il ne peut être traduit devant le congrès qu'au cas *d'impeachment*, c'est-à-dire par une poursuite qui a avant tout le caractère pénal. Un conflit étant né au point de vue politique entre le président et le congrès, il n'y a pas de moyen légal de le résoudre; le président n'est pas obligé de se retirer et il ne peut dissoudre le congrès; tout est arrêté, le gouvernement et le congrès ne peuvent plus rien faire. Par suite du conflit né entre le sénat et le président Wilson à l'occasion du traité de Versailles, pendant près d'un an l'action gouvernementale a été complètement entravée, non seulement dans les relations extérieures, mais aussi dans la politique intérieure, et cela au détriment des intérêts vitaux du pays.

Si l'on a été quelquefois tenté d'instituer en France un système analogue à celui des États-Unis, on doit être éclairé maintenant sur ses inconvénients et ses dangers que tous les Américains éclairés ne manquent pas de nous signaler; et j'espère bien que jamais dans notre pays on n'en fera l'essai qui serait certainement néfaste.

Sur l'action considérable que le président de la République américaine exerce par son droit de veto sur le congrès, cons. H. Bosc, *Les droits législatifs du président des États-Unis d'Amérique*, 1906; R. Bompard, *Le veto du président de la République et la sanction royale*, avec préface de M. Casimir-Perier, 1906.

Sur les rapports du congrès et du président, et les inconvénients de la séparation des pouvoirs pendant la guerre, lire deux articles très intéressants dans *Le Temps*, nos des 26 et 27 août 1917, p. 2.

Sur les rapports du président de la République américaine avec le congrès et sur le rôle des partis, cons. Garner, *Government in the limited States; Idem, Idées et constitutions politiques américaines*, conférences faites aux universités françaises, en 1921, spécialement les conférences intitulées, *Le président des États-Unis; Les partis politiques américains;* Perry Belmont, *Le régime personnel aux États-Unis; les ministres devant le congrès, Revue politique et parlementaire*, 10 août 1915, p. 161 et s.; Hankins, *De quelques transformations politiques récentes aux États-Unis, Revue des sciences politiques*, septembre 1921, p. 321; Zilboorg, *A century of political experience, Political science Quarterly*, septembre 1921, p. 391.

§ 50. — *Le régime parlementaire.*

La solution la plus élégante et la plus pratique du problème posé, et en même temps celle qui assure les meilleures garanties à la liberté, est assurément l'institution du régime *parlementaire*. Sans doute il n'y a pas là un mécanisme politique créé de toute pièce par les théoriciens politiques à la manière de Sieyès. Élaboré surtout par la pratique du peuple anglais, le régime *parlementaire* ou *gouvernement de cabinet* a été transporté sur le continent, particulièrement en France, où de 1814 à 1848 il s'est développé et précisé. Aujourd'hui, quoique produit spontané de l'histoire politique, le régime parlementaire, tel qu'il est sorti de l'évolution naturelle, nous apparaît avec des caractères parfaitement définis, qu'il n'est point inutile de mettre en relief.

Il repose essentiellement sur l'égalité des deux organes de l'État, le parlement et le gouvernement, sur leur intime collaboration à toute l'activité de l'État et sur l'action qu'ils exercent l'un sur l'autre pour se limiter réciproquement. Cette collaboration des deux organes

et cette action réciproque qu'ils doivent exercer l'un sur l'autre sont assurées par un élément qui est la pièce essentielle de la machine politique, le conseil des ministres ou ministère ou cabinet.

La première condition pour qu'un régime parlementaire puisse fonctionner normalement, c'est que le parlement et le gouvernement soient égaux en prestige et en influence, quelle que soit d'ailleurs l'origine de ces deux organes. Si le parlement se trouve, pour une raison ou une autre, dans une situation d'infériorité à l'égard du chef de l'État personnifiant le gouvernement, l'équilibre est rompu et le régime parlementaire fait bientôt place à la dictature personnelle.

L'exemple du régime politique organisé par la constitution de 1848 est particulièrement démonstratif à cet égard. Le chef de l'État est élu par le suffrage direct et universel, ce qui lui donne un prestige et une autorité considérables. Le parlement est composé d'une seule chambre, élue sans doute au suffrage universel, mais où les partis sont profondément divisés, où il n'y a pas de majorité homogène, et seulement des coalitions artificielles et précaires; une chambre qui peut d'autant moins s'appuyer sur le suffrage universel que par la loi du 31 mai 1850 elle montre qu'elle le redoute et lui apporte de profondes restrictions. Dans ces conditions, le mécanisme ne peut pas fonctionner parce que, forcément, l'équilibre sera rompu au profit du chef du gouvernement; et le coup d'État de 1851 est l'aboutissement nécessaire des circonstances et de la constitution.

La constitution de 1875 a placé à côté d'un parlement dont les deux chambres sont issues du suffrage universel, l'une, du suffrage universel direct, l'autre, du suffrage universel à deux ou plusieurs degrés, un chef d'État, personnifiant le gouvernement, qui se trouve forcément, à côté des chambres, dans une situation inférieure,

surtout parce qu'il est l'élu des chambres et que de ce fait même il est sans action effective sur elles. Les circonstances peuvent faire que tel président soit dans une situation particulière où son autorité forme un véritable contrepoids à celle du parlement; mais ce sera une situation tout exceptionnelle; normalement, le chef de l'État ne peut pas être, dans le système de 1875, l'égal du parlement. Aussi, nous ne pratiquons plus aujourd'hui, en réalité, le régime parlementaire véritable, bien que la volonté certaine des constituants de 1875 ait été de l'établir (cf. § 52).

En Angleterre, le régime parlementaire a pu s'établir parce que le parlement et la couronne ne sont considérés que comme les deux parties égales d'un seul organe politique. L'un et l'autre ont un prestige équivalent, ayant pour assises dans le pays des éléments également forts. Le parlement, qui n'a été longtemps que la représentation de l'élément aristocratique, est aujourd'hui, depuis la réforme électorale de 1884 et surtout depuis la loi de 1918 qui a établi le suffrage universel des hommes et des femmes, par la chambre des communes la représentation des forces démocratiques au reste disciplinées et éduquées, et par la chambre des lords la représentation de ce qui reste d'élément aristocratique. Quant à la couronne, elle n'est pas seulement une institution décorative; elle repose sur un élément très puissant quoique surtout moral et intellectuel. Le loyalisme monarchique est encore en Angleterre très actif : le monarque incarne en quelque sorte la vie et la grandeur de la patrie britannique. Et ainsi le gouvernement et le parlement peuvent collaborer ensemble, dans un heureux équilibre, à la gestion des affaires du pays.

En France, le gouvernement parlementaire a pu s'établir après 1814 et fonctionner normalement de 1830 à

1848, parce que le parlement et le monarque constituaient deux forces à peu près égales. Le parlement est la représentation des classes moyennes, plus exactement de la bourgeoisie riche. La révolution de 1830 a été faite par la bourgeoisie, et la monarchie trouve son point d'appui aussi dans la classe bourgeoise. Par là, parlement et gouvernement ont un prestige identique, une autorité égale dans le pays, et le régime parlementaire, qui s'était ébauché pendant la Restauration, arrive après 1830 à son plein développement. C'est d'ailleurs la seule période où il ait fonctionné normalement dans notre pays.

Le second caractère du régime parlementaire dérive directement du premier. Les deux organes politiques étant égaux devront collaborer à toutes les fonctions de l'État. On ne doit point parler alors de séparation des pouvoirs, parce que les pouvoirs sont les différents éléments de la souveraineté démembrée entre différents organes de représentation, et qu'ici la souveraineté, si elle existe, n'est point démembrée. Elle reste intacte dans son unité et son indivisibilité, et elle est exercée en représentation par les deux organes de l'État agissant de concert. La vieille règle du droit anglais, que le parlement est *un* et comprend dans son unité la couronne, la chambre des lords et la chambre des communes, correspond très exactement à cet élément essentiel du régime parlementaire.

Mais ce n'est pas à dire que le gouvernement et le parlement participent au même degré et de la même manière à toutes les fonctions de l'État. Ayant une structure différente, le parlement et le gouvernement participent nécessairement aux fonctions de l'État de manières différentes. Et d'autre part, les fonctions de l'État étant diverses, leur mode d'accomplissement se présentant dans des conditions profondément diffé-

rentes, le mode et le degré d'intervention et du gouvernement et du parlement devront être différents. Si donc on ne doit pas parler de séparation des pouvoirs entre le parlement et le gouvernement, on peut parler de répartition des fonctions, ou mieux de diversité de participation à l'accomplissement des fonctions de l'État. Quelques exemples vont éclairer cette proposition.

La vieille formule : au parlement le législatif, au gouvernement l'exécutif, n'est point exacte sous le régime parlementaire. Il faut dire : au parlement un certain mode de participation au législatif et à ce qu'on est convenu d'appeler l'exécutif; au gouvernement un certain mode de participation aussi au législatif et à ce qu'on est convenu d'appeler l'exécutif.

Au législatif, le parlement participe parfois en proposant la loi, toujours en la discutant et en la votant; au législatif, le gouvernement participe en proposant la loi, en prenant part à sa discussion, en la promulguant, parfois en la sanctionnant. Le gouvernement souvent participe encore à la fonction législative en formulant, sous le contrôle direct du parlement, des règles générales appelées ordonnances (*Verordnungen*) ou règlements, et cela dans une mesure qui varie beaucoup suivant les pays et qui sera expliquée pour la France au tome IV. Quant au parlement, il participe à l'exécutif en votant toute une série de mesures qui, certainement, n'ont pas le caractère législatif, et au premier chef en votant le budget annuel.

Sans doute la partie du budget qui contient l'établissement de nouveaux impôts ou même seulement le maintien pour l'année d'impôts précédemment établis, en un mot le vote annuel de l'impôt, a le caractère législatif (cf. *supra*, § 16 et t. IV); mais toutes les dispositions du budget qui fixent le montant des dépenses

publiques et déterminent les crédits affectés aux différents services publics n'ont point le caractère législatif, et cependant leur vote rentre dans la fonction normale du parlement, agissant sur la proposition du gouvernement. En outre, beaucoup de décisions purement administratives, dont le nombre et le caractère varient suivant les pays, ne peuvent être prises que par les chambres, en général sur la proposition du gouvernement, comme par exemple les autorisations d'emprunts. Enfin indirectement le parlement est associé à toute l'activité gouvernante, parce que cette activité s'exerce sous son contrôle continuel, sous la sanction de la responsabilité ministérielle.

Le dernier caractère du régime parlementaire est l'action réciproque que le parlement et le gouvernement exercent l'un sur l'autre.

L'action du gouvernement sur le parlement s'exerce d'abord par les communications, les conseils même, que le gouvernement non seulement peut, mais doit adresser au parlement, les représentants du gouvernement devant assister à toutes les délibérations du parlement, non seulement pour répondre aux questions, mais encore pour y exercer un rôle actif, et même y faire sentir une influence directrice. L'action du gouvernement se traduit encore dans le droit qui doit lui être reconnu et qui lui est en effet reconnu dans tous les pays parlementaires, sauf quelques variétés de détail dans l'étendue et le mode d'exercice, le droit de convoquer les électeurs pour procéder à l'élection de la partie élective du parlement, le droit de convoquer, d'ajourner, de proroger et de clôturer le parlement, et enfin le plus important de tous et le plus nécessaire, le *droit de dissoudre* la partie élective du parlement et d'appeler les électeurs, dans un certain délai déterminé par la constitution, à de nouvelles élections.

Le *droit de dissolution* appartenant au gouvernement, considéré par un certain parti comme une survivance du despotisme royal, est au contraire la condition indispensable de tout régime parlementaire et la garantie la plus efficace du corps électoral, de la souveraineté nationale contre les excès de pouvoir, les visées tyranniques, toujours à craindre, d'un parlement. Le gouvernement peut et doit dissoudre le parlement, quand il estime que la politique suivie par lui ne répond pas à la volonté du pays ; il provoque ainsi un véritable référendum ; il doit convoquer les électeurs dans un délai en général très court et se soumettre au verdict prononcé par eux.

Waldeck-Rousseau a mis très nettement en relief ce caractère de la dissolution dans un discours prononcé à Paris le 9 juillet 1896. « La faculté de dissolution, disait-il, inscrite dans la constitution, n'est point pour le suffrage universel une menace, mais une sauvegarde. Elle est le contrepoids essentiel aux excès du parlementarisme, et c'est par elle que s'affirme le caractère démocratique de nos institutions » (cité par M. G. Berry, 21 mars 1905, *J. off.*, Chambre, p. 986). C'est bien ainsi que la comprennent les Anglais, les créateurs du régime parlementaire. Le droit de dissoudre le parlement était originairement une prérogative de la couronne : le parlement ne pouvait se réunir que sur la convocation du roi, et le roi pouvait le renvoyer et le dissoudre à son gré. C'est cette prérogative ancienne qui s'est adaptée aux besoins nouveaux, et qui est devenue le moyen de s'assurer que la majorité de la chambre des communes est en harmonie de pensée avec la majorité du corps électoral.

Mais ce droit de dissolution du parlement par le gouvernement doit avoir et a sa contre-partie : elle consiste dans le contrôle général et incessant que le parle-

ment a le droit d'exercer sur les actes du gouvernement et dans la responsabilité solidaire et politique des ministres devant le parlement. Il faut que le gouvernement soit obligé de se retirer toutes les fois que le parlement, ou même une partie du parlement, désapprouve la politique suivie par lui. Mais un pareil système, indispensable pour associer le parlement à l'activité gouvernementale, ne saurait se concilier avec les conditions de stabilité que doit présenter tout gouvernement. Il fallait donc trouver le moyen de concilier la stabilité gouvernementale avec la responsabilité politique du gouvernement. La pratique constitutionnelle anglaise a donné la solution du problème.

Elle a mis à profit un vieux principe du droit monarchique anglais. La maxime « *The king can do no wrong* », « Le roi ne peut mal faire », est une ancienne règle du droit public anglais, qui se rattache certainement au caractère de roi absolu appartenant anciennement au monarque anglais. Le roi ne peut mal faire, donc il est toujours irresponsable; non seulement il échappe à toute poursuite criminelle, mais encore il ne saurait être atteint par une décision quelconque du parlement critiquant la politique qu'il a suivie. Sa personne est ainsi inviolable, et il est irresponsable.

Mais si le roi ne peut mal faire, il peut être entouré de mauvais conseillers; ceux-ci, parce que le roi ne peut mal faire, ne peuvent invoquer, pour écarter la responsabilité qui pèse sur eux, les ordres du roi, et ils sont eux toujours responsables devant le parlement. D'abord, ils ne furent responsables qu'individuellement, par la procédure spéciale de l'*impeachment*, accusation mise en mouvement par la chambre des communes, jugée par la chambre des lords; puis à la fin du XVIIIe siècle, ils deviennent responsables *solidairement* et *politiquement* devant la chambre des com-

munes. Dès lors, tout acte du roi doit être fait avec le concours d'un ministre et contresigné de lui, puisque celui-ci seul est responsable.

Ainsi la solution cherchée est trouvée. Le chef du gouvernement est inviolable et irresponsable ; il est placé au-dessus des partis ; il constitue l'élément stable et permanent du gouvernement. Certains des ministres qu'il choisit forment un conseil, un cabinet, suivant l'expression anglaise, se réunissant et délibérant sous la présidence d'un *premier ministre,* et dirigeant la politique du pays, sous leur responsabilité politique et solidaire devant le parlement. Le cabinet est ainsi l'élément changeant et responsable du gouvernement, et partant l'élément véritablement actif. La dissolution et la responsabilité politique du cabinet sont les deux moyens essentiels par lesquels s'exerce l'action réciproque des deux organes l'un sur l'autre.

Le cabinet est la pièce maîtresse du mécanisme. Il est le représentant du chef de l'État au parlement, le représentant du parlement auprès du chef de l'État. Désapprouvé par le parlement, il doit se retirer, à moins que, approuvé par le chef de l'État, il ne fasse la dissolution. En ce cas, le corps électoral prononce son verdict devant lequel tout le monde doit s'incliner.

Finalement, le caractère le plus saillant du régime parlementaire est la responsabilité politique et solidaire du cabinet devant le parlement, et quand on le définit un régime politique où un chef d'État nomme des ministres, lesquels forment un conseil ou cabinet, solidairement et politiquement responsable devant un parlement, on en donne à tout prendre une définition qui n'est point critiquable.

§ 51. — *Formation du régime parlementaire.*

Tout le monde sait que le régime parlementaire est une formation spontanée de la politique anglaise. L'histoire en a été bien souvent faite et de main de maître ; je ne crois pas utile de la refaire ici à la suite de maîtres comme Esmein et Lawrence Lowell. Le premier, dans ses *Éléments de droit constitutionnel,* devenu classique (7e édit., publié par Nézard, I, p. 69 et s.), le second, dans son beau livre sur le *Gouvernement de l'Angleterre* (traduction française par Nérinx, 1910), n'ont rien laissé à dire sur ce sujet.

Cependant il n'est pas inutile de noter que, contrairement à ce que l'on croit souvent, la pratique du régime parlementaire proprement dit ne coïncide point avec la révolution de 1688. L'évolution consista essentiellement en la création d'un cabinet homogène, choisi par le roi, mais responsable politiquement et solidairement devant le parlement et dirigé par un premier ministre. Cela se fit progressivement après la révolution de 1688, sous l'action de causes diverses : victoire que le parlement avait remportée en 1688 sur le pouvoir royal, contrôle qu'il exerce sur le gouvernement par le vote annuel de l'impôt et du budget, formation de deux grands partis homogènes, les Whigs et les Tories, haute culture politique de l'aristocratie anglaise, avènement d'une dynastie étrangère, dont le premier roi régnant, George Ier, connaissant mal l'anglais, s'abstient d'assister aux délibérations de ses ministres qu'il ne pouvait suivre. Ce n'est qu'à la fin du XVIIIe siècle que la fonction du premier ministre apparaît nettement dégagée.

C'est aussi seulement à la fin du XVIIIe siècle qu'apparaît la mise en pratique effective de la responsabilité

solidaire et politique du ministère. Sans doute, on trouve dans le courant du XVIIIe siècle quelques exemples de ministres se retirant individuellement à la suite d'un vote de la chambre des communes. Jusqu'à la fin du XVIIIe siècle, on considérait que la chambre des communes ne pouvait point imposer au roi le renvoi de ses ministres, ni lui imposer le choix de tels ou tels ministres, et elle n'avait d'autre moyen légal contre eux que la procédure de l'*impeachment*. C'est en invoquant cette règle que Robert Walpole se défendit en 1741 devant la chambre des communes. Une adresse avait été proposée invitant le roi à le congédier. Il déclara « qu'une adresse au monarque l'invitant à écarter un de ses serviteurs, sans alléguer contre lui aucun crime particulier, était un des plus grands empiétements qui eût jamais été commis sur les prérogatives de la couronne ». Cependant la responsabilité politique et solidaire du cabinet allait bientôt s'imposer, et Robert Walpole n'y devait pas être étranger. « La carrière de cet homme d'État, dit en effet M. Todd (édition française, I, p. 416), est remarquable parce qu'elle fournit dans sa personne le premier exemple de l'élévation au rang de premier ministre de la couronne et de la perte subséquente de cette fonction, non par l'effet de la volonté personnelle du souverain, mais par l'influence du parti dominant à la chambre des communes. » Enfin le premier ministère qui tomba tout entier devant un vote de la chambre des communes est le ministère de lord North, en 1782. Sa chute fut le résultat de deux motions de blâme et de défiance successivement présentées à la chambre des communes. « Un vote direct de défiance, dit M. Todd (*loc. cit.*, I, p. 417), n'avait été rejeté qu'à une majorité de neuf voix ; une motion semblable allait être présentée de nouveau et la défaite du ministère paraissait inévitable. En conséquence, le

20 mars 1782..., lord North fut chargé d'informer la chambre que son ministère allait prendre fin. Sauf lord Thirlom, qui resta *chancelier du roi,* le ministère fut renouvelé en entier. » Le régime parlementaire était fondé.

Cf. sur la constitution anglaise, Lawrence Lowell, *The Government of England,* 2 vol., 1908, édition française, 1909, peut-être le meilleur livre existant sur le droit constitutionnel anglais; Dicey, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel,* édition française, 1902 ; Sidney Low, *The governance of England,* 1908; Anson, *Loi et pratique constitutionnelles de l'Angleterre,* traduction française, 1903-1905; Todd (édition Walpole), *Le gouvernement parlementaire en Angleterre,* traduction française, 1901; Maitland, *Constitutional history of England,* 1908; Stubbs, *Histoire constitutionnelle de l'Angleterre,* traduction française, 1907; Franqueville, *Les institutions d'Angleterre,* I, p. 440 et s.; Esmein, *Droit constitutionnel,* 7e édit., I, p. 69 et s.; Erskine May, *The constitutional history of England,* édition Holland, 1912; Hunt et Lane Poole, *The political history of England,* continué par Sidney Low, 1907; Marriott, *The Party system and parliamentary government, Edinburgh Review,* octobre 1921, p. 390; Adsett, *A new form in politic, Nineteenth century,* octobre 1921, p. 694; Redsloh, *Die parlamentarische Regierung,* 1918; Hübner, *Die parlamentarische Regierungsweise Englands,* 1918.

La France n'a véritablement pratiqué le régime parlementaire que pendant le règne de Louis-Philippe, de 1830 à 1848. Fondée sur une séparation des pouvoirs que ses auteurs avaient voulu faire aussi rigoureuse que possible, la constitution de 1791 ne pouvait inaugurer en France le régime parlementaire. L'article 1er de la section IV du chapitre I du titre III donne au roi *seul* le choix et la révocation des ministres; et l'article 5 de la même section ne parle que de la responsabilité pénale des ministres.

Sans doute, la loi sur le ministère des 27 avril-29 mai 1791 contient un article 28 ainsi conçu : « Le corps législatif pourra présenter au roi telles déclarations qu'il jugera convenables sur la conduite de ses ministres

et même lui déclarer qu'ils ont perdu la confiance de la nation. » Mais cette décision, outre qu'elle n'avait pas le caractère constitutionnel, n'impliquait point, dans la pensée de l'Assemblée, l'obligation légale pour le roi de congédier ses ministres sur un vote du corps législatif. Ce qui le prouve, c'est que le 14 août 1791, au moment où l'Assemblée constituante est appelée à voter définitivement les articles constitutionnels relatifs aux ministres, un député, Saint-Martin, ayant demandé si le comité de revision avait pris en considération une proposition faite la veille et portant que « le corps législatif pourrait déclarer au roi que ses ministres ont perdu la confiance de la nation », Thouret, rapporteur du comité, répond : « Il nous a paru que c'était une disposition qui ne méritait pas d'être dans l'acte constitutionnel, car, aux termes du décret, le roi peut garder les ministres malgré la déclaration du corps législatif; or, nous ne croyons pas digne de la constitution d'y mettre de ces sortes de dispositions qui n'aboutissent à aucune exécution. » Devant cette réponse, la motion est retirée et il est passé outre (*Archives parlementaires*, 1re série, XXIX, p. 434).

Le gouvernement établi en 1814 était une monarchie *limitée* et point une monarchie *parlementaire*. Mais par la force des choses, cette monarchie limitée allait se transformer progressivement en une monarchie parlementaire. Sans doute, l'article 54 de la charte dispose « que les ministres peuvent être membres de la chambre des pairs ou de la chambre des députés, qu'ils ont leur entrée dans l'une et dans l'autre chambre, et qu'ils doivent être entendus quand ils le demandent », et d'après l'article 50 « le roi convoque chaque année les deux chambres, les proroge et peut dissoudre celle des députés des départements ». Il y a là quelques-uns des traits du régime parlementaire. Mais la charte n'établit

que la responsabilité pénale des ministres ; elle ne contient pas la moindre allusion à une responsabilité politique et solidaire des ministres. Aux articles 55 et 56, on lit : « La chambre des députés a le droit d'accuser les ministres et de les traduire devant la chambre des pairs qui a seule le droit de les juger. Ils ne peuvent être accusés que pour fait de trahison ou de concussion... ». Certainement, il n'est jamais entré dans l'esprit de Louis XVIII et des rédacteurs de la charte d'instituer un gouvernement parlementaire tel que je l'ai défini, mais seulement de restaurer le pouvoir monarchique en le limitant par quelques concessions. Comme toujours, les circonstances furent plus fortes que les hommes, et dans le cadre tracé par la charte de 1814, sous l'action des événements, un véritable régime parlementaire allait s'organiser.

Les circonstances extérieures qui favorisèrent cette transformation sont d'abord l'influence anglaise, dont on a souvent exagéré l'importance, mais qu'il ne faut certainement pas méconnaître, et en second lieu le retentissement de certains écrits politiques et particulièrement des publications de Benjamin Constant et de Chateaubriand.

Dans ses *Réflexions sur la constitution et la distribution des pouvoirs* (1814), Benjamin Constant affirme l'inviolabilité du roi et la responsabilité des ministres, le droit de dissolution et le droit de sanction, la responsabilité des ministres devant s'étendre même à des faits non pénaux, mais ne devant être jugée que par la chambre des pairs sur la dénonciation de la chambre des députés.

Rapp. Benjamin Constant, *Cours de politique constitutionnelle contenant les divers écrits politiques publiés de 1817 à 1820.*

Le livre politique qui eut le plus de retentissement est l'écrit célèbre de Chateaubriand, *La monarchie selon*

la charte, paru en 1816 au moment de la dissolution de la *chambre introuvable*. L'auteur y trace de main de maître les véritables règles du régime parlementaire. On y lit notamment : « Si on laisse passer cette grande phrase que les ministres ne doivent compte qu'au roi de leur administration, on entendra bientôt par administration tout ce qu'on voudra ; des ministres incapables pourront perdre la France, et les chambres devenues leurs esclaves tomberont dans l'avilissement... D'ailleurs les chambres ne se mêleront jamais d'administration, ne feront jamais de demandes inquiétantes... si les ministres sont ce qu'ils doivent être, c'est-à-dire maîtres des chambres par le *fond* et leurs serviteurs par la forme. Quel moyen conduit à cet heureux résultat? Le moyen le plus simple du monde : le ministère doit disposer la majorité et marcher avec elle ; sans cela point de gouvernement » (1re partie, chap. XV, *Œuvres complètes*, Paris, 1827, XXV, p. 37 et 38).

L'avènement du ministère Martignac, le 4 janvier 1828, marque le moment où le régime parlementaire est devenu vraiment une réalité. Après la dissolution de la chambre, faite le 5 novembre 1827, les électeurs, les 17 et 24 novembre, envoient à la chambre une majorité opposée au ministère Villèle qui avait fait la dissolution. Non sans quelques hésitations, Charles X constitue, avec Martignac à l'intérieur, un ministère homogène pris tout entier dans le centre droit, le parti monarchiste libéral. Il se conformait ainsi, à regret sans doute, mais en réalité, aux règles du régime parlementaire. On sait que le ministère Martignac est obligé de se retirer le 8 août 1829, après l'échec du projet de loi relatif à l'élection des conseils administratifs locaux. En fait, le régime parlementaire était arrivé sous l'action de ce ministre à son expression dernière.

Les règles du régime parlementaire eussent voulu que Charles X choisît le nouveau ministère dans la majorité de la chambre. Pressé par son entourage, le roi nomma un ministère appartenant tout entier à l'extrême droite avec pour chef le prince de Polignac. Assurément il ne violait pas la lettre de la charte, qui lui donnait le droit absolu de choisir ses ministres; mais il allait directement contre la pratique du régime parlementaire. Ce fut l'occasion pour le parti libéral d'exposer la vraie théorie du gouvernement parlementaire. On remarqua surtout l'article publié par M. Thiers dans le premier numéro du *National* (fondé le 3 janvier 1830). « Le roi règne, y disait-il, et le pays se gouverne, voilà la charte... Le roi n'administre pas, ne gouverne pas, il règne. Régner est quelque chose de fort élevé, de fort difficile à faire entendre à certains princes, mais que les rois anglais entendent à merveille. » Et il terminait ainsi : « Le roi règne, les ministres gouvernent, les chambres jugent. Dès que le mal gouverner commence, le roi ou les chambres renversent le ministère qui gouverne mal et les chambres offrent leur majorité comme liste de candidats. » C'était la pure théorie du régime parlementaire.

Faite par le parti libéral, la révolution de 1830 ne pouvait instituer qu'un gouvernement parlementaire. Et de fait, malgré quelques tentatives du roi Louis-Philippe voulant exercer une action personnelle dans le gouvernement, la période de 1830 à 1848 fut la période classique de la monarchie parlementaire en France. La cause de la révolution de 1848 ne fut point une opposition de la majorité de la chambre à la politique royale. Guizot eut toujours, pendant son long ministère (1840-1848), une forte et fidèle majorité, repoussant toutes les propositions tendant à l'extension du droit de suffrage. La révolution de 1830 avait été faite au nom du régime

parlementaire dont le roi Charles X avait violé les règles et avait eu pour résultat l'établissement d'une monarchie parlementaire. La révolution de 1848 fut faite contre une monarchie parlementaire au nom du suffrage populaire et eut pour résultat la disparition du régime parlementaire et l'établissement du suffrage universel.

Cons. Duvergier de Hauranne, *Histoire du gouvernement parlementaire*, grand ouvrage inachevé; Thureau-Dangin, *Histoire de la monarchie de juillet*, 1884-1892; J. Barthélemy, *Introduction du régime parlementaire en France*, 1904; Bonnefon, *Le régime parlementaire sous la Restauration*, 1905; Michon, *Le gouvernement parlementaire sous la Restauration*, 1905.

Les auteurs de la constitution de 1848 eurent-ils l'intention d'instituer une république parlementaire? A prendre les textes de la constitution elle-même, on peut en douter. D'une part, c'est par un même article que la constitution réglemente la responsabilité du président de la République et des ministres (art. 68); il n'est rien dit dans la constitution d'une responsabilité politique des ministres. D'autre part, il est spécifié que les ministres ont leur entrée dans le sein de l'assemblée, qu'ils y sont entendus toutes les fois qu'ils le demandent (art. 69) et que les actes du président de la République autres que ceux par lesquels il nomme et révoque les ministres n'ont d'effet que s'ils sont contresignés par un ministre (art. 67), dispositions qui semblent impliquer la responsabilité politique des ministres. Mais la constitution de 1848 ne donnait point au président de la République le droit de dissoudre l'assemblée, droit qui est la contre-partie nécessaire de la responsabilité politique des ministres. Bref la constitution était mal venue. Inspirée surtout par le faux principe de la séparation des pouvoirs, elle instituait un système qui était, sans l'être, le régime parlementaire; elle rendait inévitables des conflits entre la chambre et le président, sans

organiser des moyens légaux pour les résoudre, et préparait ainsi le coup d'État.

Produit de l'évolution libérale commencée en 1860, porté pour donner satisfaction aux revendications du parti libéral, le sénatus-consulte du 21 mai 1870 organise incontestablement l'empire parlementaire, bien que l'expression de responsabilité politique n'y soit pas employée. Mais les conditions dans lesquelles fut fait le sénatus-consulte ne peuvent laisser de doute ; et on lit aux articles 19 et 20 : « L'empereur nomme et révoque les ministres. Les ministres délibèrent en conseil sous la présidence de l'empereur. *Ils sont responsables*. Les ministres peuvent être membres du sénat et du corps législatif. Ils ont entrée dans l'une et l'autre assemblée et doivent être entendus toutes les fois qu'ils le demandent. » Il ne subsistait du régime plébiscitaire que la disposition déjà expliquée de l'article 13.

Cons. H. Berton, *L'évolution constitutionnelle du second Empire*, 1900.

§ 52. — *Le régime parlementaire et la constitution de 1875.*

La majorité de l'Assemblée nationale, en 1875, ne pouvant faire la monarchie parlementaire, a voulu faire une république sur ce modèle. Dans aucune de nos constitutions les règles du régime parlementaire n'ont été aussi nettement formulées, quoique d'une manière très concise, que dans nos lois de 1875. L'idée maîtresse du régime parlementaire les a inspirées : égalité et équilibre des organes supérieurs de l'État, le parlement et le gouvernement, action réciproque de ces organes l'un sur l'autre.

Éclairés par l'exemple de 1848, les auteurs de la constitution de 1875 n'ont pas voulu que le président fût trop fort et l'ont fait élire, non plus par le suffrage

direct universel, mais par un congrès formé des deux chambres (L. 25 février 1875, art. 2). Le président de 1875 est néanmoins véritablement un représentant; il a le droit d'initiative et le droit de veto suspensif en matière législative (L. 25 février 1875, art. 3, § 1, et L. 16 juillet 1875, art. 7, § 2); il a le droit de dissoudre la chambre des députés avec le concours du sénat (L. 25 février 1875, art. 5). Le parlement n'est point permanent, et sauf son droit de se réunir chaque année en une session ordinaire de cinq mois, le président de la République convoque, ajourne les chambres et prononce la clôture de leur session. Enfin le principe de la responsabilité politique et solidaire des ministres devant les chambres et le principe de l'irresponsabilité politique du chef de l'État sont expressément consacrés par l'article 6 de la loi du 25 février 1875. C'est même le premier texte constitutionnel français qui parle expressément de la responsabilité *politique* et *solidaire* des ministres.

Et cependant, malgré ces dispositions si précises, la France ne pratique certainement pas le système parlementaire. La prépondérance politique appartient exclusivement au parlement et dans le parlement à la chambre des députés. Le président de la République n'est plus, en fait, considéré comme un organe représentatif de la volonté nationale, l'égal du parlement, mais comme un simple agent exécutif, un simple commis du parlement. Le droit de dissolution, le droit de veto sont devenus lettre morte, et depuis 1877 pas un président de la République n'a osé parler d'exercer ces droits. Enfin, la règle de l'irresponsabilité politique du chef de l'État a été souvent violée, puisque, des neuf présidents qui se sont succédé au pouvoir depuis 1875, trois, le maréchal de Mac-Mahon, M. Grévy et M. Casimir-Perier, ont été obligés de se retirer avant l'expi-

ration légale de leur mandat. Ainsi, sans être expressément violée, la constitution de 1875 est déformée : elle établissait un régime parlementaire traditionnel fondé sur l'équilibre des deux grands pouvoirs de l'État, le gouvernement et le parlement; nous vivons sous un régime dans lequel la prépondérance appartient sans conteste au parlement.

Quelles sont les causes de cet état de choses? Elles sont multiples et diverses. Pour beaucoup de bons esprits, le régime parlementaire est en soi et par nature incompatible avec la démocratie. Né dans l'Angleterre aristocratique, ce système si ingénieux et si savant suppose un corps électoral très restreint, avec des partis fortement organisés, agissant dans le pays, préparant les élections, se retrouvant dans le parlement et se succédant alternativement au pouvoir, suivant que l'un ou l'autre obtient la majorité aux élections générales. En France, pendant la Restauration et le gouvernement de Juillet, avec un chef d'État héréditaire et un corps électoral restreint, le régime parlementaire a pu fonctionner dans des conditions relativement normales. Mais cela, dit-on, est impossible avec le suffrage universel; l'organisation des partis dans une démocratie est un rêve; d'autre part, une assemblée élue au suffrage universel se considérera toujours comme omnipotente et tendra fatalement à annihiler les autres pouvoirs.

Il y a certainement dans cette observation une grande part de vérité; cependant elle ne me paraît pas concluante. Le suffrage universel, tel qu'il se pratique en France actuellement, n'est ni éduqué ni organisé; mais il n'est point établi qu'il ne puisse pas l'être. On a montré aux paragraphes 45 et 46 que les idées de représentation proportionnelle et de représentation professionnelle ont fait beaucoup de chemin ces der-

niers temps ; et rien ne prouve que, si l'on arrivait à substituer à une représentation diffuse des individus une représentation organique des groupes et des partis, le parlement ne pût être l'organe d'un régime parlementaire fonctionnant normalement.

J'ajoute que le gouvernement parlementaire peut exister et rendre les services qu'on attend de lui sans que cependant il réunisse exactement les mêmes caractères que ceux qu'il avait sous le régime monarchique avec un suffrage restreint. Au fond, le gouvernement parlementaire a pour but essentiel d'assurer le contrôle continuel des élus du peuple sur l'action du gouvernement, tout en maintenant la stabilité et la continuité gouvernementale. Ce double desideratum, la forme de gouvernement parlementaire que pratique la France a pu certainement le réaliser. Un système politique qui a permis à la France de traverser sans commotion intérieure les événements tragiques et grandioses qui se sont accomplis de 1914 à 1919, qui lui a permis de nouer et de diriger les alliances qui se sont opposées aux prétentions démesurées et criminelles de l'Allemagne, qui lui permet maintenant de se diriger sûrement dans la route difficile et semée d'obstacles de tous genres, qui doit conduire à l'établissement définitif de la paix et aux réparations auxquelles la France a un droit intangible, un pareil système, dis-je, ne mérite point les critiques qu'on lui a souvent adressées et que lui adressent encore certains hommes peu éclairés. A mon sens, M. Poincaré était absolument dans le vrai quand il écrivait dans *Le Temps* du 23 août 1920 : « Tout de même, depuis 1875 et malgré ses défauts, la machine constitutionnelle a fonctionné sans trop de grincements, parce qu'il s'est rencontré des hommes pour rester à leur place et pour sacrifier leur amour-propre à l'intérêt public ; et lorsque nous avons été

attaqués, elle nous a permis de gagner la guerre. Avant de rien briser, commençons par gagner la paix » (Article reproduit dans la *Revue du droit public,* 1920, p. 494).

Le reproche principal fait au régime parlementaire tel qu'il est pratiqué en France, c'est l'impuissance dans laquelle se trouve personnellement le président de la République qui est, dit-on, sans action aucune sur la direction des affaires publiques, qui doit contresigner les volontés changeantes et successives de ses ministres et qui ne peut dans le fait exercer aucune des prérogatives que lui confère la constitution : convocation et ajournement des chambres, dissolution de la chambre des députés, veto suspensif des lois, négociation et ratification des traités. Certaines de ces prérogatives, comme le droit de dissolution et le veto suspensif, ont de fait disparu; quant aux autres, elles sont exercées, en réalité, par le conseil des ministres et le président en est réduit à signer les décisions qui sont arrêtées en dehors de lui.

On sait que cette impuissance du chef de l'État à agir par lui-même a été mise en relief par d'anciens présidents de la République. Il y a dix-sept ans, une lettre de M. Casimir-Perier, ancien président de la République, publiée dans *Le Temps* du 12 février 1905, fit grand bruit. On y lisait notamment ceci : « Il semble, au premier abord, que la constitution de 1875 attribue au chef de l'État à peu près tous les pouvoirs que lui donnait la constitution de 1848. Quelle erreur! Le président de 1848 était tout-puissant. Le président tel que l'a voulu l'Assemblée nationale est réduit à l'impuissance... Parmi tous les pouvoirs qui lui semblent attribués, il n'en est qu'un que le président de la République puisse exercer librement et personnellement, c'est la présidence des solennités nationales. »

Je ne pense pas cependant que M. Casimir-Perier

regrettât un système politique qui a rendu possible le coup d'État du 2 décembre. Quoi qu'il en soit, il n'est pas douteux que la constitution de 1875 paraît attribuer au chef de l'État personnellement de nombreux pouvoirs qu'il n'exerce pas et que ses ministres exercent en son nom. Et M. Poincaré a pu écrire très exactement : « La constitution ne laisse au président que l'autorité morale que peuvent lui avoir donnée son expérience, sa connaissance des hommes et ses services. Que ce soit beaucoup ou que ce soit peu, l'état actuel de l'Europe ne nous permet pour l'instant ni d'en rien retrancher, ni d'y rien ajouter » (*Le Temps*, 9 août 1920, article reproduit dans la *Revue du droit public*, 1920, p. 490).

Dans le discours que M. Paul Deschanel avait préparé en vue d'une interpellation au Sénat et qui a été publié après sa mort, on lit de bien curieuses considérations sur la situation faite au président de la République et sur ses rapports avec le président du conseil. Elles méritent d'être citées : « Les auteurs de notre constitution avaient voulu, avec raison, éviter le retour du pouvoir personnel, cause première de nos malheurs; mais ils ne l'avaient prévue qu'à la présidence de la République, non ailleurs. Or, un pouvoir qui n'est pas inscrit dans la loi, la présidence du conseil, a dévoré peu à peu tous les autres pouvoirs. Il a tout annihilé, tout paralysé, présidence de la République, présidence des chambres, ministres, assemblées même, qui, dans le plus grand drame de l'histoire, n'ont pu qu'enregistrer les faits accomplis... Je suis resté moi-même peu de temps à la présidence, assez longtemps toutefois pour m'apercevoir que si, sur une question essentielle, l'opinion du président n'est pas celle des ministres, même s'il a pour lui le ministre de la Guerre et les chefs de l'armée, il ne peut ni la faire valoir ni même la faire connaître... Je ne demande pas pour ma part qu'on élargisse le

corps électoral présidentiel; mais ce qui est contraire à la raison, ce qui est à mes yeux un paradoxe insoutenable, c'est que le président de la République n'ait le droit de communiquer directement avec les chambres que pour donner sa démission; c'est qu'il ne puisse parler que pour mourir. Oh! j'entends l'objection : s'il a le droit de parler, il devient responsable et un conflit est possible. Mais ce n'est pas le message qui créerait le conflit; il le ferait seulement connaître aux chambres et leur permettrait de le résoudre. Si le conflit existe, pourquoi le tenir caché? Et pourquoi l'opinion du président de la République doit-elle être d'avance sacrifiée à celle du président du conseil? C'est aux chambres qu'il appartient de décider » (*Revue des Deux-Mondes*, 14 juin 1922, reproduit dans *Le Temps*, 14 juin 1922, p. 3).

On a souvent attribué cette impuissance du président de la République à son mode d'élection. Moi-même, j'ai exprimé à plusieurs reprises cette opinion. Étant l'élu des chambres, a-t-on dit, le président de la République ne peut exercer les pouvoirs que la constitution lui confère et qui se traduiraient en une action sur le parlement. Il est l'élu des chambres et, par la force des choses, il en reste dépendant.

Assurément, il y a dans cette affirmation une part de vérité. Mais j'estime que changerait-on le mode d'élection du président, on ne changerait rien au rôle effacé qu'il joue, qu'il doit jouer dans la vie politique du pays, et l'on perdrait des avantages de stabilité, de simplicité et de rapidité qu'assure l'élection par les chambres. Qu'on imagine la vacance présidentielle survenue pendant la grande guerre. Comment aurait-on pu procéder à l'élection du président, au suffrage universel, ou même simplement au suffrage des conseillers généraux ou des délégués des conseils municipaux suivant un ystème parfois proposé?

Après mûre réflexion, malgré les déclarations assurément troublantes des deux hommes éminents qui ont occupé la magistrature suprême, je persiste à penser que notre système politique est encore le meilleur que puisse pratiquer un État républicain et que la manière dont il s'est comporté pendant la période la plus tragique de notre histoire en est une éclatante démonstration. Qu'il soit sans défaut, personne ne le prétend. Qu'il soit le système qui en a le moins, c'est ce que je ne puis me tenir de croire. Si l'on voit les choses de haut, il apparaît, me semble-t-il, que dans un pays républicain, avec un chef d'État, il n'y a que deux formes de gouvernement possibles, ou le gouvernement présidentiel sur le modèle américain, ou le gouvernement républicain parlementaire, tel que nous le pratiquons en France. Ou bien le chef de l'État exerce lui-même les fonctions gouvernementales; ses ministres sont ses secrétaires; ils ne dépendent que de lui; ils n'ont pas entrée au parlement devant lequel ils ne sont point politiquement responsables. Le président lui-même n'est point responsable politiquement devant le parlement; tout au plus peut-il être atteint par une responsabilité beaucoup plus pénale que politique, qui ne peut être mise en jeu que dans des circonstances très graves et très rares. S'il éclate un conflit entre le président et le parlement, il n'y a pas de moyens légaux de le résoudre et le fonctionnement de la machine politique est entravé jusqu'au moment où un nouveau président prend possession du pouvoir. C'est ce qui s'est produit, comme je l'ai rappelé plus haut, au moment du conflit entre le président Wilson et le sénat américain à propos de la ratification du Traité de Versailles.

Ou bien la république parlementaire que nous pratiquons depuis quarante-sept années sans qu'une seule fois la lettre de la constitution ait été violée, sans qu'une

seule fois le fonctionnement de la machine politique ait été arrêté. On reconnaîtra que le double desideratum essentiel à atteindre c'est, d'une part, que les chambres exercent un contrôle direct, effectif, constant sur le gouvernement et que, d'autre part, la stabilité et la continuité gouvernementales restent garanties. Il n'y a pas d'autres moyens d'atteindre ce double résultat que d'instituer un chef d'État politiquement irresponsable et un ministère, au contraire politiquement responsable. Si le chef de l'État est politiquement irresponsable, il ne peut, bien évidemment, exercer effectivement les fonctions gouvernementales. Là où est la responsabilité, là est le pouvoir. Et si ce sont les ministres qui sont politiquement et solidairement responsables, ce sont eux qui agiront, qui décideront; le président du conseil des ministres qui est leur chef, les représente devant les chambres, parle en leur nom et pose la question de confiance.

On ne veut point faire disparaître cette responsabilité politique des ministres et l'on veut, en même temps, donner la décision au président de la République que l'on veut cependant irresponsable. C'est purement contradictoire et irréalisable. Vraiment, je me demande comment un esprit aussi éminent que Paul Deschanel ait pu sérieusement songer à proposer de permettre au président de la République de s'adresser aux chambres directement et de leur faire connaître le conflit qui s'est élevé entre lui et le président du conseil. Un pareil système créerait certainement une dualité au sein même du gouvernement et rendrait bientôt tout gouvernement impossible. Si l'on tentait l'expérience, les conflits, les crises politiques et peut-être les coups d'État, ne tarderaient pas à apparaître. M. Paul Deschanel lui-même rappelait l'acte du maréchal de Mac-Mahon demandant à M. Jules Simon, président du conseil, de

donner sa démission bien qu'il eût la majorité à la chambre. Ce fait seul est suffisant pour montrer les conséquences qui résulteraient de toute réforme constitutionnelle qui, sous une forme ou sous une autre, même sous la forme atténuée que proposait M. Paul Deschanel, tendrait à donner un pouvoir personnel au président de la République. Lui permettre de faire connaître aux chambres le désaccord qui s'est produit entre lui et le président du conseil, demander aux chambres de décider entre eux deux, c'est le pire des systèmes, puisqu'il vient ajouter au désordre résultant de la dualité des pouvoirs, les dangers de l'instabilité gouvernementale, le président devant naturellement se retirer si dans le conflit la chambre donne raison au président du conseil. Que M. Deschanel ne dise pas que le président du conseil exerce maintenant véritablement un pouvoir personnel et sans contrôle. Peut-être en a-t-il été ainsi exceptionnellement pendant un court moment, à l'époque la plus angoissante de la guerre. Mais en temps normal, peut-on parler d'un pouvoir personnel exercé par un premier ministre qui est placé sous le contrôle permanent et singulièrement actif des deux chambres, lesquelles peuvent à chaque instant le renverser.

Souhaitons que les chefs de l'État qui se succéderont au pouvoir s'inspirent de ces principes et ne tentent même pas d'esquisser une politique personnelle. Elle serait d'ailleurs bientôt brisée, mais non sans des inconvénients, peut-être graves, pour le pays. Qu'ils comprennent aussi que, tout en respectant scrupuleusement les vrais principes du gouvernement parlementaire, ils peuvent exercer une très heureuse et très active influence sur la politique intérieure et extérieure du pays, et cela par leur autorité personnelle, leur expérience, leur savoir et aussi le prestige qu'ils doivent

à leur haute fonction même. Enfin qu'ils n'oublient pas qu'ils exercent constitutionnellement un pouvoir considérable, quand, au cas de crise ministérielle, ils choisissent l'homme politique chargé de former et de présider le nouveau cabinet. Sans doute, ils doivent le prendre dans la majorité des chambres ou tout au moins choisir l'homme qui est le plus apte à grouper autour de lui une majorité parlementaire. Mais il y a là une appréciation souvent délicate, et le choix même fait par le président de la République peut contribuer à former cette majorité nécessaire pour gouverner. Aussi bien arrive-t-il parfois, et il ne serait pas difficile d'en donner un exemple bien récent, que l'opinion publique fait entendre sa voix et impose tel ou tel nom au chef de l'État. C'est à celui-ci qu'il appartient d'apprécier la situation, de décider s'il doit faire appel au personnage que semble désigner l'opinion. La tâche ne laisse pas d'être singulièrement délicate et difficile. Il y faut toute la perspicacité d'un politique averti et toute l'autorité d'un chef; et cela seul suffit pour faire du président de la République vraiment un chef d'État. Qu'on ne demande rien de plus pour lui; on ne pourrait que compromettre son prestige, ouvrir une période de crises présidentielles; et assurément c'est aujourd'hui moins que jamais le moment.

Je ne puis mieux clore ce chapitre qu'en citant quelques passages de la lettre libre publiée par M. Poincaré dans *Le Temps* du 27 septembre 1920 : « Que seraient d'ailleurs des ministres qui accepteraient d'être responsables d'actes qui ne seraient pas les leurs et de quel cœur croit-on qu'il les défendraient ? Le président en serait réduit à ne prendre jamais que des subalternes. Mais les chambres se lasseraient vite de n'avoir devant elles que les prête-nom de l'irresponsabilité, et elles ne tarderaient pas à ouvrir le conflit. Pour éviter

les crises ministérielles, on se serait exposé aux crises présidentielles... L'éternelle chimère des hommes est de chercher à mettre dans les constitutions la perfection qu'ils n'ont pas eux-mêmes. Notre constitution laisse beaucoup à désirer, mais elle a sur la jument de Roland et sur les fougueux dadas de tous les paladins de la revision la supériorité de ne pas être morte et tant qu'elle n'aura pas été changée, il faudra, pour éviter les heurts et les cassures, que les cabinets gouvernent, que les chambres légifèrent et que le président conseille. »

Sur les avantages du régime parlementaire, cf. Moreau, *Pour le régime parlementaire*.

FIN DU TOME DEUXIÈME

ADDITIONS

P. 16. Ajouter à la bibliographie, Le Fur, *Races, nationalités, États,* 1922. L'auteur paraît confondre nationalité et nation, et ses idées n'apparaissent pas très nettement. Johannet, *Le principe des nationalités,* 1918; Hauser, *Le principe des nationalités;* Charles Dupuis, *Le droit des gens et les rapports des grandes puissances avec les autres États avant le pacte de la Société des nations.*

P. 301. Ajouter aux petits caractères : Dans un long et intéressant article publié pendant l'impression de ce volume sous le titre *Théorie générale sur les motifs déterminants des actes juridiques en droit public* (*Revue du droit public,* 1922, n° 3, p. 377 et s.), Jèze (note 2 de la p. 379) me reproche d'avoir commis quelques contradictions en analysant (*Traité de droit constitutionnel,* 2e édit., 1921, I, p. 284 et s.) le caractère et le rôle du but déterminant dans le contrat. Je ne crois pas mériter ce reproche. Mais peut-être sur quelques points n'ai-je pas été assez précis; peut-être aussi Jèze ne m'a-t-il pas lu avec assez d'attention.

Après avoir cité en entier le passage dans lequel je montre que pour tout contrat il faut distinguer deux actes de volonté : l'acte de volonté, faire le contrat; et l'acte de volonté, y jouer un certain rôle; et où, prenant pour exemple le prêt d'argent, je dis que le but déterminant le vouloir de l'emprunteur de devenir débiteur est la pensée que, s'il assume cette obligation, le prêteur lui fera la remise des deniers, Jèze écrit : « Je reproche à l'analyse qui précède de ne pas distinguer assez nettement le motif déterminant (caractère subjectif) du but déterminant (caractère objectif)... Le motif déterminant, dans l'exemple choisi, est la destination des fonds empruntés, le jeu. C'est un motif subjectif, personnel à l'emprunteur... Je préfère de beaucoup l'exposé fait par le professeur Duguit dans une autre partie de son livre, et

où le caractère subjectif du motif déterminant par opposition au caractère objectif de l'objet apparaît nettement. »

Ainsi, d'après Jèze, dans une partie de mon livre, j'aurais fait une analyse inexacte, et dans une autre une analyse exacte du motif déterminant. Autant dire que je ne m'entends pas avec moi-même. Je précise donc : J'ai dit, et je répète, que dans tout acte de volonté il faut, conformément aux lois psychologiques, distinguer l'objet immédiat, l'objet médiat, et le but déterminant; qu'il y a toujours ces trois éléments et pas d'autres; que la distinction faite par les civilistes et adoptée par Jèze entre le motif déterminant (caractère subjectif) et le but déterminant (caractère objectif) n'existe que dans l'imagination des juristes; que le but ou le motif déterminant est toujours subjectif, en ce sens qu'il est toujours la représentation que se forme le sujet, que s'il veut une certaine chose, il rendra possible la réalisation d'un autre vouloir chez lui ou chez autrui; que dans tout contrat il y a pour chacune des parties deux actes de volonté pour chacun desquels existent les trois éléments de tout acte de volonté : l'acte de volonté, faire le contrat; l'acte de volonté, y jouer un certain rôle; que dans le contrat de prêt, l'emprunteur veut qu'un contrat de prêt soit fait et veut, en outre, y jouer le rôle d'emprunteur; que l'acte de volonté de jouer le rôle d'emprunteur a pour objet immédiat la déclaration de volonté de devenir débiteur, pour objet médiat la naissance de la dette et pour but déterminant la représentation que se forme l'emprunteur que les deniers lui seront livrés s'il s'oblige à les rendre ; et dans l'acte de volonté qu'il soit fait un contrat de prêt, l'objet immédiat, la réception des deniers, l'objet médiat, la formation du contrat de prêt, le but déterminant, la représentation que l'emprunteur pourra jouer si le contrat de prêt se réalise. Il n'y a donc point, dans ce que j'ai dit, opposition entre deux définitions différentes du but déterminant, mais distinction entre les buts déterminants de deux actes de volonté que l'analyse sépare très nettement.

Le reproche que me fait Jèze à la fin de sa note n'est pas mieux fondé. « On remarquera, écrit-il, qu'ici le professeur Duguit considère la réception des deniers comme étant l'objet immédiat de l'acte juridique; tout à l'heure, la réception des deniers n'était-elle pas d'après lui le but déterminant? » J'ai dit, et je répète, que la remise des deniers est l'objet immédiat de la volonté de faire un contrat de prêt et le but déterminant de la volonté de devenir débiteur; et la possibilité de jouer, le but déterminant de l'acte de volonté faire un contrat de prêt.

Enfin Jèze dit justement que l'analyse que j'ai essayé de faire du contrat de prêt fait en vue du jeu reste vraie, que le prêt ait été fait avec intérêts ou non. C'est exact; si j'ai pris pour exemple un prêt à gros intérêts, c'est que, habituellement, dans la pratique, les choses se passent ainsi. Mais que le prêt soit usuraire ou non, ce que j'ai dit reste vrai et ne change pas.

P. 650. Ajouter à la bibliographie, Sibert, *Étude sur le premier ministre en Angleterre, depuis ses origines jusqu'à l'époque contemporaine,* thèse Paris, 1909.

TABLE DES MATIERES

CHAPITRE PREMIER

Les éléments de l'État.

Pages

1. Principe de ma théorie de l'État 1
2. La nation 4
3. Théorie de la nation personne et de la nation organe. 16
4. De la différenciation des gouvernants et des gouvernés. 20
5. La volonté des gouvernants..... 31
6. La force matérielle des gouvernants..... 40
7. Le territoire 46
8. Les services publics 54
9. Critiques dirigées contre ma doctrine..... 68
10 La théorie ordinaire de la souveraineté..... 93
11. Conséquences inadmissibles résultant de la conception ordinaire de la souveraineté..... 103
12. La souveraineté conçue comme un caractère particulier de la puissance publique..... 110
13. La question de la souveraineté dans l'État fédéral..... 124

CHAPITRE II

Les fonctions de l'État.

14. Les fonctions de l'État au sens juridique 132
15. La loi au sens matériel..... 140
16. La loi matérielle est une disposition par voie générale. 145
17. La loi est une disposition impérative..... 156
18. Le fondement du caractère impératif de la loi 169
19. La sanction de la loi..... 174
20. Les règlements sont des lois matérielles..... 182
21. Application de la loi dans le temps..... 198
22. Les lois interprétatives..... 219

Pages
23. La fonction administrative et l'acte administratif..... 228
24. De quelques doctrines relatives à la nature de la fonction administrative..... 235
25. Les actes politiques..... 245
26. Les diverses espèces d'actes administratifs 263
27. L'acte public en tant qu'acte juridique 279
28. La fonction juridictionnelle..... 308
29. Principales théories proposées sur la nature de la fonction juridictionnelle 325
30. La juridiction subjective..... 342
31. La juridiction objective..... 357
32. La prétendue fonction exécutive..... 396

CHAPITRE III

Les organes de l'État.

33. Les gouvernants et les agents 404
34. Théorie française des organes de l'État..... 420
35. Théorie allemande de l'organe juridique..... 427
36. La composition du corps des citoyens..... 440
37. Le suffrage des femmes 453
38. Le gouvernement direct..... 473
39. Le gouvernement représentatif 493
40. De quelques théories particulières sur la représentation politique..... 508
41. La séparation des pouvoirs dans la constitution de 1791..... 514
42. La séparation des pouvoirs dans le droit actuel 534
43. Les parlements. Leur composition..... 542
44. Les parlements. Leur nomination..... 561
45. La représentation proportionnelle..... 571
46. La représentation professionnelle..... 596
47. Les gouvernements monarchiques 606
48. Les gouvernements républicains..... 617
49. Rapports du parlement et du gouvernement..... 629
50. Le régime parlementaire. 639
51. Formation du régime parlementaire 648
52. Le régime parlementaire et la constitution de 1875.... 656

TABLE ANALYTIQUE

Les chiffres renvoient aux pages. Les astérisques indiquent l'endroit où la matière est spécialement traitée.

Abus de droit, théorie civiliste malvenue parce qu'on ne la rattache pas à la notion de but déterminant, 296 et 297*, 364.

Abus de pouvoir, 45, 294 et 295*. V. Détournement de pouvoir, Recours pour excès de pouvoir.

Acte additionnel de 1815, crée une représentation de la propriété et de l'industrie, 603; crée deux chambres, 548.

Acte administratif, 83, 136* et s.; l'— en tant qu'acte juridique, 279 et s.; distinction des — au point de vue formel et au point de vue matériel, 228 et s.; importance du point de vue formel pour la recevabilité des recours, 229, 231; définition de l'— au point de vue matériel, 229 et s.; —, acte-condition et acte subjectif, 230 et 231*, 273; l'— garde son caractère juridique interne quel que soit l'organe ou l'agent duquel il émane, 231 et 232; — opération matérielle, 232* et s., 274 et 275; tombe sous la prise du droit, 233; peut entraîner la responsabilité de l'Etat ou de l'agent, 234; la nature juridique de l'— ne doit pas être déterminée par son but, 235 et 236, 238 et 239; l'— étant un acte-condition ou un acte subjectif implique la préexistence d'un droit objectif, 245; diverses espèces d'—, 263 et s.; distinction erronée des actes de gestion et des actes d'autorité, 263 et s.; elle a le tort d'être faite d'après le but, 265, 267 et 268; toutes les conséquences qu'on y rattache sont fausses, 266, 268 et 269; la vraie distinction des — doit être faite d'après leur nature juridique interne, 274 et s.; se distinguent en actes-conditions et en actes subjectifs, 230 et 231*, 277 et 278; l'— en tant qu'acte juridique, 277 et s., 279* et s.; a exactement le même caractère que l'acte juridique de droit privé, 277 et s., 280* et s.; — unilatéral et — plurilatéral, 278 et 279; l'— émanant du parlement est insusceptible de recours, 280 et 281; l'— présumé légalement (L. 17 juillet 1900), 283 et 284. V. Acte juridique, Fonction administrative.

Acte-condition. V. Acte administratif, Acte juridique.

Acte d'autorité, ne doit pas être distingué de l'acte de

gestion, 63, 99, 263* et s. V. Acte administratif.

Acte de gestion, ne doit pas être distingué de l'acte d'autorité, 63, 99, 263* et s.

Acte de gouvernement, l'expression doit être réservée pour désigner l'acte administratif formel qui échapperait à tout recours à raison du but politique qui l'aurait déterminé, renvoi au tome III, 245 et 246, 304 et 305; il n'y a pas d'—, 304; l'— ne doit pas être confondu avec l'acte discrétionnaire, 304 et 305.

Acte diplomatique, 260 et s.; est souvent une opération matérielle, 260; — d'ordre juridique, déclaration, convention, 260; son caractère juridique, 261; les conventions diplomatiques sont des conventions-lois ou des conventions-contrats, 261 et 262; l'— a exactement le même caractère juridique que les actes de droit interne, 262; est cependant insusceptible de recours, 262 et 265; ne peut entraîner la responsabilité de l'Etat, 263.

Acte discrétionnaire ou **de pure administration**, n'existe plus dans le droit français, 296 et s.; l'intéressé est toujours recevable à prouver qu'un acte administratif a été déterminé par un but illégal, 297; le retrait d'une naturalisation (L. 2 avril 1915) n'est pas un —, 299 et 300, 303; la révocation d'un agent direct du gouvernement non plus, 303 et 304; l'agent qui fait un acte a une liberté d'apprécier l'opportunité, qui varie suivant les cas, 301 et s.; l'— ne doit pas être confondu avec l'acte de gouvernement, 304 et 305.

Acte juridictionnel, 83, 136 et 137, 308* et s.; l'— considéré isolément n'a pas de caractère propre, 310; implique une solution donnée à une question de droit, 311* et s., 314 et s., 333 et 334; se distingue ainsi de l'acte législatif et de l'acte administratif, 312; implique l'existence d'une prétention, mais non pas d'un litige, 313; on ne doit pas dire acte judiciaire, 340 et 341; la solution donnée par le juge a force de vérité légale, 315*, 332, 540; le rôle du juge ne s'arrête pas là, il doit prendre une décision conséquence logique de la solution donnée à la question de droit, 318 et s., 321 et 322, 331, 333* et s.; le juge n'a jamais à résoudre qu'une question de droit, mais qui implique souvent l'appréciation de faits, 315 et 316; les trois éléments de l'acte juridictionnel apparaissent nettement dans la procédure formulaire, et dans la procédure moderne devant la cour d'assises, 320 et 321, 322; principales théories proposées sur la nature de l'—, 325 et s.; à la suite de l'— il y a toujours une situation juridique nouvelle, 345 et 346; même à la suite d'un acte de juridiction subjective, 345 et 346; l'— en tant qu'acte subjectif, 346 et 347; a une portée relative, 347 et 348, 349, 351; le jugement prononçant l'annulation d'un acte subjectif est lui-même un acte juridique subjectif, 349; l'— atteint d'un vice, appel et recours en cassation, 350; l'— en matière de juridiction objective, 359; nature de l'— en matière pénale, 361 et 362; il est un acte-condition, 362 et 363; a une portée générale et s'impose à tous les tribunaux, 363 et 364; l'— en matière de réparation est un acte subjectif à la suite duquel

seulement naît la créance (jurisprudence de la cour de cassation), 365 et s.; l'— annulant un acte objectif, 367 et s.; il est lui-même un acte objectif, 368 et s.; il a une portée générale (par exemple le jugement annulant les statuts d'une société), 371 et 372, 380 et 381; il s'impose à tous les tribunaux, 391 et s.; l'— en matière de propriété est un acte objectif, 385, 396*; l'— en matière de question d'Etat a une portée générale, 395 et 396. V. Autorité de la chose jugée, Contentieux, Fonction juridictionnelle, Juridiction.

Acte juridique, sa définition, 133, 309; — objectif, 133 et 134, 309; — subjectif, 133 et 134, 309; — règle, 133 et 134, 145, 184, 309; — condition, 133 et 134, 309; — de droit privé, 372, l'— est toujours régi par la loi en vigueur au moment où il est fait, 202 et s.; la théorie générale de l'— s'applique telle quelle à l'acte juridique public, 277 et s., 279* et s.; l'— considéré au point de vue de la situation juridique qui lui est consécutive, 305 et s.

Acte législatif. V. Loi.

Acte politique, divers sens de cette expression, 245 et 246; elle doit être réservée pour désigner les actes faits par le chef de l'Etat personnifiant le gouvernement et agissant comme organe politique, 246 et 247; l'— peut être au point de vue matériel un acte législatif ou un acte administratif, 247, 248 et 249; échappe à tout recours, 247, 248 et 249.

Acte public, doit être considéré au point de vue matériel et au point de vue formel, 64 et 65, 134* et s.; l'— en tant qu'acte juridique, 133 et 134, 279* et s.; les — ne doivent pas être classés d'après les différents services auxquels ils se rapportent, mais d'après l'effet de droit qui se produit à leur suite, 64 et s., 134* et s.; peut entraîner la responsabilité de l'Etat, 64 et 65. V. Acte administratif, Acte juridique.

Acte-règle. V. Acte administratif, Acte juridique, Règlement.

Action, n'est pas le droit déduit en justice, 322 et 323; jurisprudence de la cour de cassation, 323 et 324; l'— considérée comme droit propre, 322 et 323*, 341; la notion d'— est antérieure à la notion de droit subjectif, 323. V. Procédure, Voies de droit.

Administration, 83, 228* et s. V. Acte administratif, Fonction administrative.

Agent public, 228 et s., 290 et s., 416* et s.; distinction des — et des gouvernants, 416 et s., 423* et s., 541 et 542; correspond à la distinction des représentants et des agents, 420; à la distinction des organes directs et des organes indirects, 419; l'— ne détient pas une force propre, 417; distinction des — administratifs et des — judiciaires, 418 et 419, 539 et 540, 542; les — placés sous le contrôle des gouvernants, 419, 423 et 424. V. Fonctionnaire.

Allemagne, nation fortement unifiée, 5; a renversé toutes les monarchies et s'est donné, en 1919, une constitution démocratique et républicaine, 22 et 23, 118 et 119; la constitution de 1871, 11, 124, 130; est restée depuis 1919 un état fédéral, 120 et s., 124 et 125; conflit avec la Bavière, juillet 1922, 123; la constitution de 1919 établit le suffrage universel avec des droits égaux aux hommes et aux femmes, 463

et 464; elle institue le référendum facultatif et l'initiative populaire, 487 et 488; le Reichstag et le Bundesrath de la constitution de 1871, 552 et 553; le Reichsrath de la constitution de 1919, 553; pas plus que le Bundesrath, il n'est un véritable corps parlementaire, 553; la constitution de 1919 établit un mode spécial de représentation proportionnelle, 591 et s.; les monarchies en — avant la révolution de 1918, 616; la constitution de 1919 établit la république parlementaire et impose aux Pays cette forme de gouvernement, 616 et 617.

Amnistie, ne peut être accordée que par une loi formelle, 257; son caractère et ses effets, 257; ne peut être accordée à une personne déterminée, 257.

Anarchie, véritable caractère des doctrines d'—, 35; ma doctrine n'en est pas une, 35, 36, 79* et s., 170 et 171; n'est pas plus anarchique que celle de Royer-Collard, 80; n'a aucune ressemblance avec celles de Bakounine, de Jean Grave, 83 et 84; il ne peut pas y avoir de société anarchique, 600.

Angleterre, trois éléments politiques, la couronne, l'aristocratie, le peuple, 23 et 24, 641; prépondérance de la chambre des communes, 23; gouvernement mixte, 23 et 24; est arrivée plus tôt que la France à la notion moderne de représentation politique, 497 et s.; a le suffrage universel pur et simple depuis 1918, 23, 457* et s., 543; assimile les femmes et les hommes au point de vue des droits civiques et politiques, 457 et s.; a réduit les pouvoirs de la chambre des lords en 1911, 543 et 544; projet de réforme de la chambre des lords, 544; a créé le régime parlementaire, 639, 641* et s., il se constitue définitivement à la fin du XVIIIe siècle, 648 et 649; institue l'irresponsabilité du roi et la responsabilité politique des ministres, 646 et 647.

Annulation, sanction indirecte de la loi, 180, 181 et 182; ne peut porter sur un acte matériel, 275; — d'un acte juridique subjectif, 349; d'un acte juridique objectif, 367 et s., 369 et 370. V. Acte juridictionnel, Contentieux de l'annulation, Juridiction, Recours pour excès de pouvoir.

Appel, 373. V. Acte juridictionnel, Contentieux, Juridiction.

Appel au peuple, de la constitution de 1852 et de 1870, 484. V. Référendum, Plébiscite.

Archimbaud, propose un référendum consultatif sur le relèvement de l'indemnité parlementaire, 493.

Aristocratie, 410.

Artur, sa définition de la loi, 143 et 147; confond constamment le point de vue matériel et le point de vue formel, 190 et 191, 240 et 241; a le tort de définir la fonction administrative par son but, 239 et 240; a le tort de n'apercevoir que la juridiction subjective, 328 et 329, 360; n'a pas compris le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir, 389; confond les pouvoirs et les fonctions, 515 et 516, 532, 538 et 539; critique à tort ce que je dis du caractère attribué au pouvoir judiciaire par l'Assemblée de 1789, 530 et s.

Asquith, son rôle dans l'établissement de la capacité politique des femmes en Angleterre, 459 et 460.

Assemblées primaires de l'époque révolutionnaire, 562 et 563. V. Suffrage direct et

suffrage indirect, Suffrage universel.

Assistance, 57 et 58; ne donne pas un droit subjectif à ceux qui en bénéficient, 66 et 67.

Associations professionnelles, dans la nation, 8 et s.; ne sont pas contraires à l'unité nationale, 9 et 10; leur force politique, 30. V. Représentation professionnelle, Syndicats, Syndicalisme.

Australie, admet l'électorat et l'éligibilité des femmes, sauf dans l'État de Victoria, 466 et 467; les États-membres doivent avoir une représentation égale au sénat, 552.

Auto-limitation (théorie de l'), 100. V. Ihering, Jellinek.

Autorité, prétendu principe d'— vide de sens, 84; prétendus actes d'— opposés aux prétendus actes de gestion, 263 et s.; fausse théorie d'Hauriou sur la voie d'—, 270 et s.; critique de cette théorie, 272 et s. V. Puissance publique.

Autorité administrative, 228 et s., fait souvent des actes juridictionnels, 528 et s. V. Séparation de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif, Séparation des pouvoirs.

Autorité de la chose jugée, s'impose à tous, même au législateur, 227 et 228; la loi du 31 mars 1922 sur les loyers y apporte une atteinte inadmissible, 226 et s.; l'— a une portée relative au cas de juridiction subjective, 347 et 348, 349; c'est une erreur grave d'appliquer à tous les jugements la règle de la relativité de l'—, 347 et 348; l'— en matière pénale a une portée générale, 363 et 364; de même, le jugement prononçant l'annulation d'un acte objectif, 367 et s.; il s'impose à tous les tribunaux, 363 et 364, 391 et 392; l'— en matière de question d'état a une portée générale, 395 et 396. V. Acte juridictionnel, Fonction juridictionnelle, Juridiction.

Autorité judiciaire, 138, 311; ne fait pas seulement des actes juridictionnels, 326, 356, 528 et s.; séparation de l'— et de l'autorité administrative, 528 et 529*, 541 et 542. V. Pouvoir judiciaire, Séparation de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif, Séparation des pouvoirs.

Autorité militaire, pouvoir de l'— au cas d'état de siège, 258 et 259; ses actes sont susceptibles des recours de droit commun, 260.

Autriche, n'a jamais été une nation, 5 et 6, 15; république fédérale d'après la constitution de 1920, 117, 120, 124; donne les mêmes droits politiques aux femmes et aux hommes, 464 et 465; fait une large part au référendum et à l'initiative populaire, 489 et 490; institue la représentation proportionnelle, 593 et 594; le conseil fédéral, 552.

Baliki, enseigne que l'État est l'organisation coercitive de la société, 42.

Barnave, distingue les représentants et les fonctionnaires, 125; les fonctions et les pouvoirs, 525; soutient que le roi a vraiment le caractère de représentant, 614 et 615; que l'électorat n'est qu'une fonction, 444.

Barthélemy (J.), sa théorie du droit de grâce, 254, 257; critique de cette théorie, 254 et s.; a voulu à tort fonder le recours pour excès de pouvoir sur une atteinte à un droit subjectif, 389; son rapport à la chambre sur la capacité politique des femmes, 472 et 473; montre

l'aversion que professaient les Allemands avant 1918 pour le parlementarisme, 633; montre bien le rôle et les pouvoirs du président des Etats-Unis et le vrai caractère qu'y a la séparation des pouvoirs, 636 et 637.

Bavière, son conflit avec le Reich, au mois de juillet 1922, 123.

Belgique, a le vote obligatoire, 448; a pratiqué puis supprimé le vote plural, 449 et 450, 589; son système de représentation proportionnelle, 583 et 584; la réforme du sénat en 1921, 544 et 545; la constitution revisée en 1921 permet au parlement d'établir l'électorat des femmes, 467 et 468; certaines l'ont déjà, 467.

Benjamin Constant, inspirateur de l'Acte additionnel de 1815, 603; formule les principes du régime parlementaire, 652.

Benoist (Charles), défend la représentation proportionnelle, 574 et 575, 577.

Bérard (Alexandre), son rapport au sénat concluant au rejet du projet voté par la chambre et tendant à établir l'égalité politique des deux sexes, 472.

Bergasse, définit le pouvoir judiciaire, 529 et 530.

Berthélemy, nie la personnalité de l'Etat en tant que puissance publique, mais se contredit en maintenant cette notion, 32 et 33; a le tort de distinguer les services qu'on ne conçoit qu'exercés par l'Etat et ceux qui pourraient être exercés par les particuliers, 58; repousse la personnalité de l'Etat puissance et admet la personnalité de l'Etat patrimonial, c'est contradictoire, 62, 91, 267; a le tort de soutenir encore que les actes d'autorité n'engagent pas la responsabilité de l'administration, 63; que l'administration est une branche du pouvoir exécutif, 236; sa fausse théorie des actes d'autorité et des actes de gestion, 266 et s.; a le tort de distinguer les actes administratifs d'après leur but, 267 et 268.

Bolchevisme, gouvernement despotique, a ruiné la Russie, 22, 609 et 610. V. Russie.

Bodin, le premier a confondu la souveraineté avec la puissance publique, 113.

Borel, enseigne que la souveraineté est le caractère essentiel des Etats et que les membres d'un Etat fédéral ne sont pas des Etats, 127 et 128.

Brésil, Etat fédéral, 117, 120.

Briand, intervient en faveur de la capacité politique des femmes, 471.

Brisson, président de la chambre, déclare que tout référendum, même simplement consultatif, est inconstitutionnel, 492 et 493.

Brunet (René), explique le système de la représentation proportionnelle institué par la constitution allemande de 1919, 593.

Bryce, ce qu'il dit du président de la République aux Etats-Unis, 623 et 624, 634, 636.

Budget, voté par le parlement, 610, 632, 643; la partie du — qui autorise les dépenses a le caractère administratif, 643 et 644.

But, la notion de — est à la base de la conception de service public, 54 et s.; à la base de toute ma conception de l'Etat, 77; ne doit pas servir cependant à distinguer les différentes fonctions juridiques de l'Etat, 235 et 236*, 238 et 239; le — dans l'acte juridique en général et dans l'acte public, 292* et s.,

297; le — ne se confond ni avec l'objet immédiat, ni avec l'objet médiat, 292 et 293, 669 et 670; le — d'un acte public doit toujours être un — de service public, 293 et 294; il doit être en outre le but que la loi avait en vue en donnant compétence à l'agent, 294 et 295. V. Détournement de pouvoir.

Cabinet. V. Conseil des ministres, Gouvernement parlementaire, Ministres.

Capacité, en vue d'un acte juridique, 289 et s.; la question de — se pose de la même manière dans l'acte public et dans l'acte privé, 289. V. Compétence.

Carré de Malberg, me reproche à tort d'oublier l'ordre juridique établi, 87 et 88; tombe dans une contradiction radicale, 88; aboutit à un cercle vicieux et à une fiction, 88 et 89; une divergence fondamentale me sépare de — qui s'inspire directement des doctrines allemandes conduisant à la politique d'absolutisme à l'intérieur, à la politique de conquête et de rapine à l'extérieur, 89 et 90; admet en dehors de l'ordre juridique positif un idéal moral qui est sans force et sans action, le reconnaît lui-même, 89 et s.; commet l'erreur grave d'assimiler ma doctrine à celle de Seydel, 91; critique justement Berthélemy et Hauriou qui nient la personnalité de puissance publique de l'État et admettent sa personnalité patrimoniale, 91; enseigne que la puissance publique est un droit subjectif de l'Etat, 96; explique les différents sens du mot souveraineté, 96; enseigne qu'il existe des Etats non souverains, 114 et 115; accepte la théorie de Jellinek sur le critérium de l'Etat, 118; enseigne que les Dominions britanniques ne sont pas des Etats, 121 et 122; distingue les fonctions et les attributions de l'Etat, 139 et 140; confond, en ce qui concerne la loi, le point de vue matériel et le point de vue formel, 149; ne fait entre le règlement et la loi qu'une différence formelle, 197 et 198; écarte le point de vue matériel pour la détermination de la fonction administrative, 244 et 245, et pour la détermination de la fonction juridictionnelle, 337; confond toutes les notions que distingue l'analyse juridique, 338; tout l'ouvrage de — est imprégné de tendances germaniques et régaliennes, 150.

Casimir-Perier, ce qu'il a dit de la situation du président de la République, 660.

Cassation. V. Juridiction de cassation.

Cause, les civilistes n'ont pas compris que la — est le but déterminant dans l'acte privé comme dans l'acte public, 292, 296. V. Acte administratif, Acte juridique, But.

Cession de territoire, 48 et 49; ne peut être faite que du consentement de la population qui l'habite, 49 et 50.

Chambres, en général élues, 543; exemples de chambres non élues, 543; les — non élues ne peuvent avoir le caractère représentatif, 546 et 547; la question des deux —, 547 et s.; la constitution de l'an III est la première constitution française qui crée deux chambres, 547; dans presque tous les pays existent deux chambres, 548 et 549*, 551; la question des deux — dans les Etats fédéraux, 550 et s.; la dualité des — est une garan-

tie contre l'arbitraire, 454 et 455; objection tirée de l'unité de la souveraineté, réfutation, 555 et s.; objection tirée des conflits que peut entraîner la dualité des —, réfutation, 557 et 558; objection tirée du retard apporté à l'œuvre législative, réfutation, 558; objection tirée de l'impossibilité de recruter une seconde —, réfutation, 558 et s.; l'une des — doit assurer la représentation professionnelle, 559 et 560; renouvellement partiel ou intégral des —, 570 et 571; le renouvellement intégral est seul conforme au principe démocratique, 570; une — élue par les groupes syndicaux peut seule faire contrepoids à la — issue du suffrage universel des individus, 601 et 602; contrôle que les — exercent sur le gouvernement, 634, 638, 645* et s., 664. V. Gouvernement parlementaire, Parlement.

Chambre des communes, élue au suffrage universel depuis 1918, 23, 457 et s.; a l'initiative et la priorité en matière financière, 548; représente la force démocratique, 641. V. Angleterre.

Chambre des députés, en France ne représente pas la majorité du corps électoral, 28 et 29, 575 et 576*; a l'initiative et la priorité en matière financière, 548; doit se renouveler intégralement, 570; élue d'après la loi du 12 juillet 1919 qui combine la représentation proportionnelle avec le système majoritaire, 586 et s. V. Représentation proportionnelle, Système majoritaire.

Chambre des lords, ses pouvoirs sont réduits par l'acte de 1911, 543 et 544; projets de réforme de la —, 544, V. Angleterre.

Chambre des pairs, de la charte de 1814 et de la charte de 1830, 543; n'a pas le caractère représentatif, 546 et 547. V. Représentation politique.

Chartes de 1814 et **de 1830**, contiennent une garantie des droits, 151; créent deux chambres, 548; la — de 1814 décidait que la chambre des députés se renouvellerait par cinquième tous les ans, 570; la loi du 9 juin 1824 établit le renouvellement intégral, 570; était octroyée, par suite révocable, 612; instituait une monarchie limitée, 630, 651 et 652*; la — de 1830 fait du roi un représentant, 613. V. Gouvernement parlementaire, Monarchie limitée.

Chateaubriand, formule les principes du régime parlementaire, 652 et 653.

Chef de l'Etat, participe à toute l'activité étatique, 537 et 538; quand il est héréditaire, le gouvernement est monarchique, 607; un — concentrant en lui tous les pouvoirs peut consentir une limitation, 629 et 630; le — ayant le caractère de représentant, 621, 625* et s.; le — républicain peut être un simple agent ou un représentant, 618 et 619. V. Empereur, Président de la République, Roi.

Chemins de fer, service public qui doit être industrialisé, 61.

Circonscriptions électorales, ne sont rien, ne peuvent donner aucun mandat, 499 et 500, 509 et 510*, 567 et 568; doivent être aussi grandes que possible, 567 et 568. V. Mandat impératif, Mandat représentatif, Scrutin de liste, Scrutin uninominal.

Circulaire, qu'elle contienne des ordres ou des instructions,

n'est pas un acte juridique règle, 275 et s.; ne peut être attaquée par le recours pour excès de pouvoir, 276; ne le peuvent pas non plus les actes faits contrairement à une —, 276.

Cité, ancienne, agglomération de familles, 4; dans la nation, 8.

Citoyens. V. Corps des citoyens.

Classes sociales, diversité des —, 409; équilibre de collaboration, 409. V. Syndicats, Syndicalisme.

Collectivité, n'est pas une personne, 1; théorie germanique de la personnalité collective et de ses organes, 428 et s.; une — peut être organe indirect de l'Etat, 435. V. Organe, Personnalité.

Colonies (Habitants des), qui sont sujets français et non citoyens français, 15.

Commune, considérée comme ayant des droits de puissance propres, 117; a une certaine auto-organisation, 119. V. Décentralisation.

Compétence, situation légale ou de droit objectif, 205, 211; — de l'agent public en vue d'un acte, 289 et s.; — liée, 301, 316 et 317; répartition des —, 419; la — est modifiée par toute loi nouvelle même pour les fonctionnaires antérieurement nommés, 205, 211* et s.; — des tribunaux modifiée par une loi nouvelle, 211 et s. V. Capacité, Rétroactivité (Principe de non-).

Concession de service public, 60, 66, 353 et 354.

Condominium, 50.

Confédération d'Etats, sa structure et sa différence d'avec l'Etat fédéral, 125 et 126.

Confédération générale du travail, 409.

Conflit d'attributions, 393 et s. V. Contentieux administratifs, Séparation de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif, Séparation des pouvoirs.

Conseil d'Etat, il semble qu'à certains égards la jurisprudence du — traverse une période critique, 377 et 378. V. Recours pour excès de pouvoir.

Conseil des ministres, rouage essentiel du système parlementaire, 647; solidairement responsable devant les chambres, 634; n'existe pas aux Etats-Unis, 634. V. Gouvernement parlementaire, Ministres, Responsabilité.

Considérant (V.), aurait eu le premier l'idée de la représentation proportionnelle, 579.

Constitution de 1791, formule le principe de la souveraineté nationale, 17, 94 et 95*; admet la délégation de la souveraineté, 425, 498* et s.; semble faire du territoire un élément de la personnalité de l'Etat, 48, 602; affirme l'unité, l'indivisibilité et l'inaliénabilité de la souveraineté, 108, 532; définit la loi sans distinguer le point de vue matériel et le point de vue formel, 141 et 142; contient une garantie des droits, 151; parle du pouvoir exécutif et non de la fonction exécutive, 397 et 398; distingue les représentants et les agents, 420, 424 et 425*; caractère qu'elle donne à la représentation politique, 424; parle de délégation, 425; n'institue pas le suffrage universel, 443 et s.; distingue les citoyens actifs et les citoyens passifs, 444 et 445; fait de l'électorat une fonction, 444; ne donne aucune place au gouvernement direct, 481; formule le principe de la séparation des pouvoirs, 514 et s.;

comprend les pouvoirs comme des éléments constitutifs de la souveraineté incorporés dans des organes, 524 et 525, 528* et s.; formule le principe du contentieux administratif, 527 et 528*, 532; crée une seule chambre, 546; établit le suffrage à deux degrés, 562; donne une représentation à la population, au territoire et à la propriété, 602; fait du roi un représentant, 612 et 613; détermine les cas où il sera censé avoir abdiqué, 615; décide que la nation peut toujours changer sa constitution, 615; n'établissait pas le régime parlementaire, 650 et 651; son influence sur le droit postérieur, 532.

Constitution girondine (1793), établit l'initiative et le veto populaires, 483.

Constitution de 1793, formule le principe de la souveraineté nationale, 17, 94 et 95*; affirme l'unité, l'indivisibilité et l'inaliénabilité de la souveraineté, 108, 532; l'unité et l'indivisibilité de la République, 104; distingue les représentants et les agents, 420, 424 et 425*; établit le suffrage universel direct pour l'élection du corps législatif, 562 et 563; fait de l'électorat un droit, 445 et 446; distingue les lois et les décrets et institue le veto populaire pour les lois, 483 et 484; fait une part à la représentation, 532; ne parle pas de la séparation des pouvoirs, mais seulement des limites des fonctions publiques, 532; crée un conseil exécutif, simple organe d'exécution, 618 et 619.

Constitution de l'an III, formule le principe de la souveraineté nationale, 17, 94 et 95; affirme l'unité, l'indivisibilité et l'inaliénabilité de la souveraineté, 108, 532; l'unité et l'indivisibilité de la république, 104; admet la délégation de la souveraineté, 498 et s.; parle du pouvoir exécutif et non de la fonction exécutive, 397 et 398; distingue les représentants et les agents, 420, 424 et 425; voit dans l'électorat surtout une fonction, 446; établit le suffrage à deux degrés, 563; paraît admettre la séparation des pouvoirs au sens de 1791, 533; crée deux chambres, 547; sous le nom de directoire exécutif, crée un pouvoir exécutif collégial, 623 et 625.

Constitution de l'an VIII, associe plusieurs corps à la confection des lois, mais institue une seule chambre législative, 547, 548.

Constitution de 1848, formule le principe de la souveraineté nationale, une, indivisible et inaliénable, 108, 552; l'unité et l'indivisibilité de la république, 104; parle du pouvoir exécutif et non de la fonction exécutive, 397 et 398; parle de délégation, 425; consacre le suffrage universel, 446 et 447; établit le scrutin de liste, 564 et 565; ne fait aucune part au gouvernement direct, 481; paraît admettre la séparation des pouvoirs au sens de 1791, 533 et 534; crée un président de la République élu au suffrage direct universel et ayant le caractère de représentant, 525 et 526; lui donne la prépondérance sur l'assemblée, 640; établit un régime politique mal défini, dans lequel des conflits devaient fatalement se produire sans qu'il y eût de moyens légaux pour les résoudre, 655 et 656.

Constitution de 1852, éta-

blit le scrutin d'arrondissement, 565; fait du chef de l'État un représentant responsable devant le peuple auquel il a toujours le droit de faire appel, 626.

Constitution de 1870, établit un véritable gouvernement parlementaire, 656.

Constitution de 1875, décide que le pouvoir législatif appartient à deux chambres, 548; caractère qu'elle donne au président de la République, 433 et 434, 627* et s.; n'admet pas le référendum, 484; ne formule pas de principes généraux, 535; veut établir un véritable régime parlementaire, 656 et s.; situation qu'elle fait au président de la République; 640, 656 et 657, 662* et s.; consacre expressément la responsabilité politique et solidaire des ministres devant les chambres, 657.

Contentieux, 264, 269; distinction du — subjectif et du — objectif, 324 et s.; il y a — subjectif toutes les fois que le juge est appelé à résoudre une question portant sur l'existence ou l'étendue d'une situation juridique subjective, 343 et s.; — objectif, toutes les fois qu'une question de droit objectif se pose principalement, 348, 350* et s., 367* et s.; le — objectif existe aussi bien en droit public qu'en droit privé; 355, 371, 372, 374; — de l'annulation, 367 et s.; au cas où se pose la question de savoir si un acte objectif est conforme à la légalité, 367 et s.; au cas où se pose la question de savoir si un acte juridique objectif ou subjectif porte atteinte à une situation objective, 370 et 371; — objectif d'annulation en droit privé, 371 et s.; le — objectif et le recours pour excès de pouvoir, 374 et s.; même lorsqu'il est dirigé contre un acte subjectif lésant une situation objective, 362 et s.; la décision rendue sur — objectif par un tribunal judiciaire s'impose aux tribunaux administratifs et réciproquement, 392 et 393; le — des questions d'état est purement objectif, 395 et 396; de même le — de l'électorat, 451 et 452; — de la répression, 327 et 328, 359, 360* et s.; — de la réparation, 359, 364* et s.; — de l'interprétation, 335 et 336; c'est une grave erreur de parler d'un — de l'opportunité, 301 et 302, 316* et s. V. Acte juridictionnel, Autorité de la chose jugée, Fonction juridictionnelle, Juridiction, Recours pour excès de pouvoir.

Contentieux administratif, le principe du — est formulé par la loi du 7 septembre 1790 et la constitution de 1791, 527 et 528, 531 et 532; la théorie moderne du — s'y rattache directement, 532; distinction du — et du contentieux judiciaire, 264, 269; distinction du — d'annulation et du — de pleine juridiction, 355, 359, 389 et 390*. V. Contentieux, Juridiction, Pouvoir judiciaire, Séparation de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif, Séparation des pouvoirs.

Contrainte. V. Puissance de contrainte.

Contrat, fait par l'Etat, 99 et 100; la doctrine individualiste, 100; la théorie générale du — s'applique en droit public, 278 et 279; à la suite du — il ne naît jamais qu'une situation subjective, 306; le recours pour excès de pouvoir ne peut être fondé sur la violation d'un —, 353 et 354.

Contrat social, l'hypothèse du — serait-elle exacte, elle n'im-

pliquerait pas l'existence d'une conscience et d'une volonté nationales, 13. V. Rousseau (J.-J.).

Contrôle, exercé par les gouvernants sur les agents, 419; par le parlement sur le gouvernement, 645* et s., 664. V. Gouvernement parlementaire, Ministres, Responsabilité.

Corporations, peuvent être organes de l'Etat, 435. V. Associations, Syndicats.

Corps des citoyens, exprime la volonté de la nation, 421, 474; ce qu'il est en fait, 473 et 474; conçu comme organe direct suprême, 421; sa composition, 440 et s.; tous les membres de la nation n'ont pas *ipso facto* le droit d'en faire partie, 441 et s.; la constitution de 1791 distingue les citoyens passifs et les citoyens actifs, 444 et 445.

Corps électoral, sa composition, 440 et s. V. Corps des citoyens, Electorat, Suffrage universel.

Coutume, mode d'expression du droit, 151 et 152, 172 et 173; a préparé les lois supplétives, 167 et 168.

Convention nationale, vote le principe que toute constitution doit être soumise à l'approbation populaire, 482; veut associer le peuple au vote des lois ordinaires, 483. V. Constitution girondine, Constitution de 1793, Constitution de l'an III, Référendum, Veto.

Couthon, dit que la constitution est le contrat social, 482.

Croyance, vraie ou fausse, est un fait social et un élément de force, 85 et 86; ne donne pas de droit subjectif aux gouvernants, 86; est un fait dont il faut dégager la réalité, 92.

Cunéo d'Ornano, propose de soumettre à un référendum le projet de loi sur les associations en 1901, 491.

Danemark, assimile les hommes et les femmes quant aux droits politiques depuis 1915, 463; a la représentation proportionnelle depuis 1915, 590 et 591.

Danton, dit que les représentants de la nation ne peuvent faire qu'un projet de constitution, 482.

Décentralisation, 60; — régionale, 60; la — régionale et la souveraineté, 105; doctrine qui fait des collectivités territoriales décentralisées des organes indirects de l'Etat, 435; impossibilité de distinguer les Etats non souverains et les circonscriptions décentralisées, 115 et s.; — fonctionnariste, 60 et 61; — par la patrimonialisation des services, 60 et 61; — par industrialisation, 61.

Déclarations des droits, consacrent le principe de la souveraineté nationale, 17; de l'unité, de l'indivisibilité et de l'inaliénabilité de la souveraineté, 104, 108; définissent la loi, 147, 173; consacrent la doctrine individualiste, 158 et 159; sont de véritables lois impératives, 159 et s.; limitent les pouvoirs du législateur, 160; consacrent le principe de la non-rétroactivité des lois, 200; la — de 1789 définit la loi, 445; la — girondine (1793) fait de l'électorat un droit, 445.

Déclaration de volonté, dans l'acte administratif, 282 et s.; n'est soumise à aucune forme solennelle, 282; doit souvent être accompagnée de formalités toujours exigées à peine de nullité, 283; doit coïncider avec la volonté réelle, 284 et s.; pas plus en droit public qu'en droit privé n'est la cause efficiente de l'effet de droit, 286

et s. V. Acte administratif, Acte juridique, Acte public, Volonté.

Décret, dans la constitution de 1793, 483 et 484. V. Règlement.

Délégation, l'idée de — doit être rejetée du droit public, 414 et s., 494 et 495; Hauriou la critique justement, mais l'idée d'investiture qu'il propose d'y substituer lui est équivalente, 415 et 416; critiques dirigées par la doctrine allemande contre la notion de —, 427 et 428; — de la souveraineté repoussée par J.-J. Rousseau et par la constitution de 1793, 17 et 18; admise par les constitutions de 1791, de l'an III, de 1848, les lois constitutionnelles de 1873 et de 1875, 420 et 425; est la base du système français de la représentation politique, 414, 420, 425, 426, 494* et s.; la — de la souveraineté entraîne aliénation, 422, 427 et 428; la — divisée de la souveraineté et la séparation des pouvoirs, 521 et s. V. Gouvernement représentatif, Mandat impératif, Mandat représentatif, Représentation, Séparation des pouvoirs.

Démocratie, puissance prépondérante du nombre, 24 et s.; la — en France, 26 et s.

Deslandres, critique les diverses doctrines proposées sur le fondement de la loi, 173.

Député, considéré en droit français comme représentant de la nation entière et pas seulement de la circonscription qui l'a élu, 501 et 502; cependant en relation plus étroite avec sa circonscription, 504 et 505; cela n'est pas en contradiction avec la théorie française du mandat représentatif, 505; la situation du — d'après les constitutions et les lois politiques françaises et étrangères, 502 et 503; les — doivent rendre compte à la nation, 503 et s.; les — sont des fonctionnaires dans une situation particulière, placés sous le contrôle des électeurs, 505 et 506; les — dans le système du mandat impératif, 509; sont titulaires d'une part de souveraineté par délégation, 506; donnent leur démission en blanc, 509. V. Mandat impératif, Mandat représentatif, Représentation.

Deschanel (Paul), son discours sur la situation du président de la République, 661 et 662.

Despotisme, peut exister quelle que soit la forme de gouvernement, 609 et 610. V. Monarchie, République, Russie.

Détournement de pouvoir, 45, 292* et s., 294 et 295; est une création de la jurisprudence, 298 et s., 302 et 303; le — est un véritable excès de pouvoir, 293, 299. V. But, Recours pour excès de pouvoir.

Dicey, la loi et l'opinion, 173 et 174.

Dissolution du parlement, moyen d'assurer une représentation politique exacte, 504, 644*; moyen de résoudre les conflits, 558; condition indispensable de tout régime parlementaire, 645; la — équivaut à un référendum, 645; a pour contre-partie la responsabilité politique des ministres, 645 et s.; la — d'après la constitution de 1875, 657. V. Gouvernement parlementaire, Référendum, Représentation.

Doctrine individualiste, les contrats passés par l'Etat d'après la —, 100; la — ne peut fonder la limitation de l'Etat, 102; la — et les Déclarations des droits, 158 et 159.

Doctrine solidariste, s'oppose à la doctrine individualiste, 102.

Domaine, 52 et 53; distinction du — public et du — privé, 52 et 53; délimitation du — public, 384 et 385; donne lieu à l'ouverture de recours parallèles, 385 et 386; — aérien, 53. V. Mer territoriale.

Dominions de l'empire britannique, 121 et s., 124; controverse sur leur vrai caractère, 121 et s.; ont signé le traité de Versailles, 122; sont membres de la Société des nations, 122. V. Etat fédéral.

Droit acquis, la distinction des — et des droits non acquis ou des simples expectatives est vide de sens, 201 et 202. V. Rétroactivité (Principe de non-).

Droit divin, monarchie de —, 610.

Droit naturel, différence de ma doctrine et des conceptions de —, 70 et 71.

Droit objectif, la loi est une règle de —, 144 et 145*, 169; le — coïncide approximativement avec l'ensemble des lois matérielles d'un pays, 281. V. Acte juridique.

Droit public, conception objectiviste du —, 36; sa transformation se rattache à la disparition de la puissance publique conçue comme droit subjectif, 37.

Droit subjectif, la puissance publique n'est pas un —, 37; il y a des effets de droit sans qu'il y ait —, 75; le particulier n'a pas de — au fonctionnement des services publics, 65.

Ducrocq, sa théorie de l'Etat patrimonial personne juridique ressemble à la théorie de l'Etat-fisc, 98; enseigne à tort que l'administration est une branche du pouvoir exécutif, 236; qu'il existe une fonction gouvernementale, 399 et 400.

Dufaure, erreur de son projet d'après lequel chaque département aurait eu le même nombre de sénateurs, 551.

Duport, définit à l'Assemblée de 1789 le pouvoir judiciaire, 529 et 530.

Egalité, consacrée par les Déclarations des droits, 158 et 159.

Electeurs, exercent une fonction, 442. V. Electorat, Suffrage.

Election, à la base de toute représentation politique, 412 et 413; — majoritaire, 412; — proportionnelle, 412 et 413. V. Représentation politique, Représentation proportionnelle, Suffrage, Scrutin.

Electorat, situation de droit objectif modifiée par toute loi nouvelle, 207 et 208, 413* et s., 442, 449; n'est aucunement un droit subjectif, 451; l'— considéré à la fois comme un droit et une fonction, 442 et s.; l'Assemblée nationale de 1789 y voit surtout une fonction, 443 et 444; il en est ainsi même depuis 1848, 447; conséquences, le vote obligatoire, 447 et s.; l'électeur ne peut renoncer à l'—, 449; le législateur peut accorder l'— dans des conditions différentes suivant les citoyens, 449; l'— accordé aux femmes dans presque tous les pays, 460 et s.; l'— à peu près supprimé sous le Consulat et le premier Empire, 446. V. Femmes, Electeurs, Election, Suffrage.

Eligibilité, situation de droit objectif modifiée par toute loi nouvelle, 206; accordée aux femmes dans beaucoup de pays aux mêmes conditions qu'aux hommes, 461 et s. V. Chambres, Femmes, Parlement.

Empereur, Napoléon Ier et Napoléon III prennent le titre d'— des Français et décla-

rent représenter la volonté nationale, 613, 626 et 627, 631.

Enseignement, comme service public, 57 et 58.

Equilibre, tend à s'établir entre les divers éléments de force gouvernante, 405 et s., 409, 414 et 415; fausse théorie d'Hauriou sur les — de superposition, 407 et s.

Esmein, son exposé du principe de la souveraineté nationale et de la représentation, 18, 94, 101; estime que toute conciliation de la monarchie avec le principe démocratique est impossible, 24 et 25; critique ma doctrine, 37; dit à tort que ma doctrine est celle de Royer-Collard et de Guizot rajeunie, 69 et 70; qu'elle est anarchiste, 171; se contredit en disant que nation et Etat sont à la fois des fictions et des réalités, 71 et 72; se trompe quand il dit que nier la souveraineté c'est affirmer le règne de la force, 72; se trompe quand il prétend que je m'inspire des doctrines allemandes, j'en ai pris le contre-pied, 72 et 73; paraît les ignorer, 73; sa doctrine comme celle des publicistes allemands conduit à l'omnipotence de l'Etat, 74; paraît ignorer la question de l'Etat fédéral, 126 et 127; sa définition de la loi, 133; montre que la généralité est un caractère essentiel de la loi, 147; enseigne à tort que les lois temporaires ne sont pas des lois, 154; que les Déclarations des droits ne sont pas de véritables lois, 159; me reproche à tort de confondre la loi et la coutume, 172; enseigne que le règlement a le caractère matériel de loi, 190; que l'électorat est un droit et une fonction, 452; que les femmes ne doivent avoir aucun droit politique, 455; repousse tout système de gouvernement semi-représentatif, notamment le référendum, 414, 476, 478*, 491 et 492, 504; se trompe quand il dit que les députés sont appelés à décider arbitrairement au nom du peuple, 503 et 504; n'explique pas pourquoi toutes les lois politiques placent les députés sous le contrôle des électeurs, 505; défend avec entêtement le système majoritaire, 572 et 573; dresse contre la représentation proportionnelle un réquisitoire mal fondé, 577 et 578; dit à tort qu'elle est inconciliable avec le système du mandat représentatif, 573 et s.; réponse de Charles Benoist, 577; combat violemment et à tort tout système de représentation professionnelle, 593 et 597; commet l'erreur de parler d'anarchie féodale, 172.

Espagne, fait une part à la représentation professionnelle pour la nomination du sénat, 549 et 550.

Espinas, admet la réalité psychologique des collectivités, 13.

Etat, éléments de l'— dans la théorie dominante, 1 et s.; dans ma théorie, 2 et s.; théorie de l'— souverain, 93 et s.; impossible d'expliquer comment dans certains cas l'— n'agit pas comme souverain, 98; la conception de l'— personne ne répond à rien de réel, 1 et s., 31* et s.; l'— n'exerce la puissance publique dans aucun service public, 54* et s., 60 et 61, 91, 599; l'— n'a pas la personnalité juridique, 56, 68 et 69, 599; l'— phénomène de différenciation entre gouvernants et gouvernés, 1 et s., 68 et 69; se produit dans

la nation, 14*, 16; erreur de la doctrine qui oppose l'— personne à l'— puissance, 267; si l'— est puissance, il l'est toujours, 272; l'— lié par le droit, 35* et s., 540 et 541; l'— fisc en France et en Allemagne, 98 et 99; critique de cette notion, 98 et 99; elle est abandonnée, 98 et 99. V. Gouvernants, Nation, Puissance publique, Souveraineté, Volonté des gouvernants.

Etat fédéral, 124 et s.; la question de la souveraineté dans l'—, 124 et s.; l'— inexplicable avec la notion de souveraineté, 104 et 105, 110* et s., 130; inconciliable avec l'unité de la souveraineté, 110 et s.; doctrine qui enseigne que les Etats-membres d'un — sont des Etats non souverains, 112 et s.; impossibilité de les distinguer des circonscriptions décentralisées d'un Etat unitaire, 115; cette doctrine n'explique pas l'—, 130; doctrine qui enseigne que les Etats-membres sont organes directs de l'- , 435; doctrine qui enseigne que les Etats-membres concourent à former la souveraineté fédérale, 128 et s.; comment se pose la question des deux chambres dans l'—, 550 et s. V. Allemagne, Etats-Unis, Souveraineté, Suisse.

Etat-membre. V. Etat fédéral.

Etat non souverain, exposé et critique des théories qui enseignent qu'il y a des —, 111 et s.; impossibilité de distinguer les — et les circonscriptions décentralisées d'un Etat unitaire, 115 et s. V. Etat fédéral, Etat protégé, Souveraineté.

Etat patrimonial, subsiste dans la théorie moderne de l'Etat-fisc, 98 et 99; l'— et la souveraineté, 107 et s., 109; diverses théories sur l'—, 98 et 99. V. Fisc, Personnalité.

Etat protégé, 111; doctrines qui enseignent que l'— est un Etat non souverain, 112 et s.

Etat de droit, 3 et 4, 35 et s., 540 et 541.

Etat de siège, ne peut en principe être déclaré que par le parlement, cas dans lesquels il peut l'être par le gouvernement, 257 et 258; l'— pendant la guerre de 1914, 258; caractère juridique de la déclaration d'—, 258 et 259; effets de l'—, 258 et 259; le décret déclarant l'— est insusceptible de recours, 259.

Etat et capacité, situation de droit objectif, modifiée par toute loi nouvelle, même quand ils sont consécutifs à un acte ou un fait antérieur, 205 et s., 208 et s.; questions d'—, 336, 360; donnent lieu à un contentieux objectif, 360, 395 et 396*; la décision rendue a une portée générale, 395 et 396.

Etats généraux, 497; n'étaient pas une assemblée représentative de la nation, 497; les membres des — recevaient un mandat impératif, 497.

Etats-Unis, sont une nation malgré la diversité des races, 6 et 7; sont un Etat fédéral, 105, 110, 118, 124*; la constitution des — a servi de modèle à beaucoup d'Etats américains, 124; l'égalité politique des sexes y est un principe constitutionnel, 465 et 466; le référendum, 481, 484 et 485*; la séparation des pouvoirs, 520, 521, 534 et 535*; la composition du sénat, 551 et 552; le président de la République, 623 et 624*, 634; collaboration du président et du congrès, 635 et 636; pouvoirs étendus du président, 637; graves dangers provenant des conflits entre le président

et le congrès, 637 et 638; exemple de ce qui s'est passé quand le sénat a refusé d'approuver le Traité de Versailles, 638, 668. V. Etat fédéral, Président de la République, Séparation des pouvoirs.

Excès de pouvoir. V. Recours pour excès de pouvoir.

Exclusivité du territoire, 50.

Exécution, les voies d'— ne peuvent pas s'exercer sur les patrimoines publics, 307 et 308; bénéfice de l'— préalable, 307 et 308.

Famille, dans la nation, 8.

Faute, inexact de parler de la — d'un service public, 64. V. Responsabilité.

Fédéralisme, contradictoire avec l'unité de la souveraineté, 104 et 105; contraire aux principes du droit français de la Révolution, 104 et 105. V. Etat fédéral.

Federalist (le), ne parle pas de la constitution anglaise, 520.

Femmes, n'ont pas en France les droits politiques, 441, 468* et s.; les ont depuis la guerre dans presque tous les pays, excepté les pays catholiques, 463 et s.; l'incapacité politique de la femme française s'explique par la permanence des conceptions romaines et chrétiennes, 454* et s., 468 et 469; l'accession des — aux droits politiques est la conséquence nécessaire de leur participation à la vie économique, 455 et 456, 469; ni l'Assemblée nationale de 1789, ni la Convention, ni l'Assemblée de 1848 ne songèrent à accorder aux femmes les droits politiques, 456; le code Napoléon subordonne la — au mari, 456; ce qui a été fait en France dans le sens féministe, 469 et s.; le principe de l'égalité politique des sexes voté en 1919 par la chambre des députés, actuellement soumis au sénat, 471 et 472; en Angleterre, assimilation complète des hommes et des femmes au point de vue des droits civiques et politiques, 457 et s., 461 et 462; la capacité politique des — en Finlande, en Norvège, en Suède, en Danemark, 462 et 463; en Allemagne, 463 et 464; en Prusse, 464; en Autriche, 464 et 465; en Pologne et en Tchéco-Slovaquie, 465; aux Etats-Unis, 465 et 466; en Australie, 466 et 467; en Nouvelle-Zélande, 467; en Belgique, 467 et 468; en Luxembourg et en Italie, 468. V. Electorat.

Féodalité, a réalisé une forte intégration sociale, 172.

Finlande, admet l'électorat et l'éligibilité des femmes depuis 1906, 462.

Fisc, théorie de l'Etat —, 98, 99; en Allemagne et en France, 98 et 99; critique de cette théorie aujourd'hui abandonnée, 98 et 99.

Flandin (P.-E.), son rapport à la chambre concluant à l'électorat des femmes pour les conseils administratifs, 471.

Fonction administrative, 136 et 137, 228* et s., 309; opposée à la fonction législative, 230; comprend des actes d'ordre juridique et des actes d'ordre matériel, 232 et s.; les principales doctrines relatives à la —, 235 et s.; elles ont le tort de rattacher la — à l'idée d'un certain but, 235 et 236, 238 et 239. V. Acte administratif.

Fonction exécutive, n'existe pas avec un caractère juridique propre, 138 et 139, 396* et s.; l'expression — désigne une certaine mission du gouvernement qu'il accomplit en faisant des actes ayant des

caractères juridiques différents, 400 et 401. V. Pouvoir exécutif.

Fonction gouvernementale, n'existe pas avec un caractère juridique propre, 139, 399* et 400, 402. V. Fonction exécutive, Gouvernement, Pouvoir exécutif.

Fonctions juridiques de l'Etat, 132 et s.; distinction des — et des fonctions économiques de l'Etat, 132 et 133; les — ne doivent pas être classées d'après les différents buts que poursuit l'Etat, mais d'après le caractère interne juridique des actes accomplis, 135* et s., 339 et 340, 403; ne pas confondre le point de vue matériel et le point de vue formel, 326, 398; ne pas confondre les — avec les pouvoirs, 397. V. Pouvoir, Séparation des pouvoirs.

Fonction juridictionnelle, 136 et 137, 308* et s.; on ne doit pas dire fonction judiciaire, 138, 310 et 311, 325 et 326, 539; la — consiste essentiellement à résoudre une question de droit, 302, 311* et s., 314 et s., 333 et s.; mais cette solution implique souvent l'appréciation de faits, 315 et 316; c'est un non-sens de parler d'un contrôle juridictionnel de l'opportunité, 301 et 302, 316* et s.; la solution donnée par le juge à la question de droit a force de vérité légale, 315, 332 et 333; le rôle du juge ne s'arrête pas là, il doit prendre une décision conséquence logique de la solution donnée à la question de droit, 318* et s., 331, 335 et s.; distinction de la — et de la fonction administrative, 312 333* et s., 539; distinction à faire suivant qu'une question de droit subjectif ou de droi objectif est posée au juge, 324 et 325; principales théories proposées sur la nature de la —, 325 et s.; erreur que j'ai commise dans mon livre l'Etat (t. I), 326 et 327; ne pas confondre le point de vue matériel et le point de vue formel, 326. V. Acte juridictionnel, Contentieux, Juridiction.

Fonction législative, 136 et 137, 140* et s., 309; a apparu chronologiquement la dernière, 151 et 152; opposée à la fonction administrative, 230. V. Loi.

Fonctionnaire, fausse distinction des — d'autorité et des — de gestion, 269; — judiciaire et — administratif, 311; nomination de —, 380, 400; la décision juridictionnelle qui annule une nomination a une portée générale, mais n'a pas d'effet rétroactif, 380 et s.; la situation du — est une situation légale, 382; recours pour excès de pouvoir contre tout acte qui y porte atteinte, 382 et s. V. Agent public.

Force, les gouvernants détiennent la plus grande — matérielle ou morale, 2 et 3, 21* et s., 49 et s., 55, 84 et 85; la — limitée par le droit, 3 et 4, 40 et s., 43* et s., 402; doit être employée à assurer le fonctionnement des services publics sans interruption, 56, 307; contrairement à ce que dit Hauriou, la — ne devient pas un pouvoir en se capitalisant, 85; il y a seulement à un moment donné croyance à la légitimité d'une certaine —, 85 et 86; dans quelle mesure la — peut intervenir pour sanctionner la loi, 176* et s., 181; toute — économique tend à devenir une — politique, 599; la — syndicale est une — politique, 599, 601;

erreur des hommes politiques qui ne voient que les — économiques, 600 et 601. V. Etat, Gouvernants, Puissance de contrainte, Puissance publique.

Force armée, disposition de la —, 398 et 399; réquisition de la —, 398 et 399.

France, formation de l'unité nationale, 7; a des sujets qui ne sont pas citoyens français, 15; a pratiqué le gouvernement mixte en 1791 et de 1814 à 1848, 24, 612 et 613; comment s'est produite en — la distinction des gouvernants et des gouvernés, 26 et s.; le mouvement monarchiste en —, avant la guerre, 26 et 27; la république est devenue inséparable de la nation, 27 et 28; les royalistes et les communistes se placent en dehors de la conscience française, 28; croyance que la chambre représente la majorité du corps électoral, 29; prépondérance de l'élément petit bourgeois, 29; les groupements syndicaux sont une force politique tendant à obtenir une représentation, 30; pourquoi la — n'admet pas encore la capacité politique des femmes, 468 et 469; pourquoi elle l'établira dans un avenir prochain, 469; ce qui a été déjà fait dans le sens féministe, 469 et s.

Gambetta, demande le scrutin de liste en 1875 et en 1881, 565 et 566.

Garantie des droits, dans toutes les constitutions excepté celle de 1875, 161 et s.; contient un commandement adressé au législateur, 161 et 162.

Geny, sa doctrine du donné social et du construit, 68; ne voit, au point de vue matériel, aucune différence entre la loi et le règlement, 191.

Gerber, initiateur de la doctrine d'après laquelle la puissance publique est un droit subjectif de l'Etat, 73, 95; reconnaît à la loi au sens matériel le caractère de généralité, 147.

Gestion, prétendus actes de — opposés aux prétendus actes d'autorité, 363 et 366; fausse théorie d'Hauriou sur la voie de la — publique et de la — privée, de la — publique opposée à la voie d'autorité, 269 et s.; critique de la doctrine d'Hauriou, 272 et s. V. Acte administratif, Acte de gestion, Acte d'autorité, Fonction administrative.

Gierke, la théorie juridique de l'organe, 428 et s.

Goblet, critique vivement le scrutin uninominal, 569; soutient que dans une république le gouvernement doit être un simple organe d'exécution, 622*, 629.

Gouvernants, détiennent la plus grande force, 2* et s., 417 et 418; ont l'obligation juridique d'organiser et de contrôler les services publics, 54 et s., 599 et 600; les — ont, comme les particuliers, des devoirs juridiques fondés sur la solidarité sociale, 54 et 55, 69; les pouvoirs des — ont pour fondement et pour limite leur devoir, 55, 89, 90, 417 et 418; différenciation des — et des gouvernés, 2 et 3, 16, 20* et s., 85 et 86, 408, 414 et 415; son caractère complexe, 21, 85 et 86; se produit dans la nation, 14*, 16, 408, 414 et 415; la différenciation politique en Allemagne, 22 et 23; en Angleterre, 23 et s.; en Russie, 21 et s.; en France, 26 et s; prépondérance de l'élément petit bourgeois, 29 et 30; les — primaires, 409 et 410; distinction des — et des agents, 416* et s., 423 et s., 436; les —

tendent dans les pays modernes à ne plus exercer directement que la fonction législative, 408 et 419; ils contrôlent les agents publics, 419. V. Etat, Force, Gouvernement.

Gouvernés, 2 et 3; différenciation des — et des gouvernants, 2 et 3, 16, 20* et s., 85 et 86, 408, 414 et 415. V. Gouvernants.

Gouvernement, organe politique, 536 et s., 606; action réciproque que le — et le parlement exercent l'un sur l'autre, 538, 629; n'est pas un pouvoir au sens donné à ce mot en 1789, 606; appelé inexactement pouvoir exécutif, 606 et 607; structure ordinaire du — dans les Etats modernes, 607; rapport du — avec le parlement, 629 et s.; sous le régime parlementaire, 647.

Gouvernement direct, dans l'antiquité, 475; le — complet est impossible, 474; le — et J.-J. Rousseau, 422, 478 et 479; part faite à l'époque moderne au gouvernement direct, 473 et s.; le — en Suisse, 19, 475 et 476*. V. Gouvernement semi-représentatif, Référendum.

Gouvernement mixte, 23 et s.; en France de 1814 à 1848, 23; son vrai caractère, 25, 611; difficilement explicable avec le principe de la souveraineté une et indivisible, 611 et s. V. Monarchie.

Gouvernement monarchique, 606 et s.; il existe lorsqu'il y a un chef d'Etat héréditaire, 607; c'est le seul critérium qui le distingue du gouvernement républicain, 608 et 609. V. Monarchie.

Gouvernement parlementaire, ses caractères essentiels, 639 et s.; repose sur l'égalité du parlement et du gouvernement et leur action réciproque, 639 et 640, 644* et s., 647; implique la collaboration du parlement et du gouvernement, 642; le gouvernement prend part aux délibérations du parlement, le convoque, l'ajourne et le dissout, 644; le parlement et le gouvernement participent aux fonctions de l'Etat d'une manière différente, 642 et 643; le chef de l'Etat est irresponsable et les ministres sont responsables politiquement devant les chambres, 646 et 647; formation du —, 648 et s.; se constitue en Angleterre à la fin du XVIIIe siècle, 648 et 649; le — en Angleterre, 641, 648* et s.; le — en France de 1814 à 1848, 641 et 642, 650 et s., 634 et 635; le — d'après la constitution de 1875, 656 et s.; le — peut exister sans réunir absolument tous les caractères traditionnels, 659; tel qu'il est pratiqué en France, le — a permis au pays de traverser, sans crise intérieure, les événements de 1914-1918, 659; opinion de M. R. Poincaré, 659 et 660; tel qu'il est pratiqué en France, le — est le meilleur que puisse avoir un Etat républicain, 663; le — et le gouvernement présidentiel des Etats-Unis, 637 et 638; grave danger de donner un pouvoir personnel au président de la République, 663; le — en Allemagne, 633 et 634; le — est le système politique le plus propre à assurer l'équilibre des différents éléments de force gouvernante, 405 et 406. V. Chambres, Constitution de 1875, Ministres, Parlement, Président de la République, Responsabilité e ministres.

Gouvernement présidentiel aux Etats-Unis, 634 et s.; ce serait une erreur grave de l'introduire en France, 638.

V. Président de la République, Gouvernement républicain.

Gouvernement représentatif, 440, 474, 494* et s.; en France, 17, 19 et 20, 497* et s.; en Angleterre, 23 et 24, 497* et s.; le — dans la doctrine juridico-organique, 511 et s.

Gouvernement républicain, celui dans lequel n'existe pas de chef d'Etat héréditaire, 607 et 608, 617* et s.; suivant les cas, l'individu ou les individus qui constituent le — ont le caractère de représentants ou d'agents, 618; le — doit avoir le caractère de représentant, 621 et 622; difficulté de donner une bonne organisation au —, 622 et 623; divers modes d'organisation du — en France, 625 et s.; le — en Suisse, 620; le — aux Etats-Unis, 634* et s. et 638. V. Président de la République, République.

Gouvernement révolutionnaire, 619.

Gouvernement semi-représentatif, consiste essentiellement dans le système représentatif avec référendum, 476 et s. V. Référendum.

Grâce, l'acte conférant une — est un acte administratif au point de vue matériel, acte-condition, 250 et s.; le président de la République accordant une — agit comme organe politique, 252, 253; son acte est insusceptible de tout recours, 253; engage la responsabilité politique des ministres, 253 et 254; exposé et critique des diverses doctrines sur la nature du droit de —, 254 et s.

Grève de fonctionnaires juridiquement impossible, 56.

Grévy, propose en 1848 de ne pas créer de président de la République, 619.

Guerre, service public de —, 58; la — de 1914, 258; le rôle économique des femmes en France et en Angleterre, 459.

Hare (Thomas), son système de représentation proportionnelle par le quotient électoral et la liste de préférence, 581.

Hatschek, la théorie de l'Etat-fisc, 98.

Hauriou, me reproche à tort d'enseigner une doctrine anarchiste, 35, 79 et 80, 83 et 84; critique ma doctrine, lui donne cependant une demi-adhésion, 37 et s.; sa théorie obscure de l'institution, 38; sa distinction de l'individualité objective et de la personnalité subjective, 38; la nation aménagée en régime d'Etat, 39; détermine exactement la situation des particuliers au regard des services publics, 66; a bien montré que j'ai pris le contrepied des doctrines allemandes, 74; arrive sur beaucoup de points à des conclusions analogues aux miennes, 75 et s.; sa théorie de l'institution est une pure conception de droit objectif, 76; me reproche à tort d'être resté à mi-chemin de ma théorie, 77 et s.; je ne comprends pas ce qu'il veut dire quand il écrit que les choses sont le pôle du droit objectif, 78 et 79; sa théorie de l'obéissance préalable ne démontre point que l'Etat ait un droit de puissance commandante, 80 et s.; se trompe quand il prétend que ma doctrine n'est pas vraiment réaliste, 84; dit, sans preuve, que la force devient pouvoir en se capitalisant, 85 et 86; se trompe quand il prétend que le droit évolue dans le sens subjectiviste et individualiste, 87; a le tort, dans certains de ses ouvrages, de rejeter la personnalité puissance publi-

que et d'admettre en même temps la personnalité patrimoniale de l'Etat, 91; dans ses derniers ouvrages enseigne que l'Etat est une seule personnalité, en même temps de puissance publique et patrimoniale, 98 et 99; critique de cette doctrine, 99; a donné diverses définitions de la loi, 143 et 144; a le tort d'opposer la loi au règlement au point de vue matériel, 143, 191* et s.; dit que la loi est triplement impérative, 157; me reproche à tort mon analyse du caractère impératif de la loi, n'a pas vu le problème, 168 et 169; confond le point de vue matériel et le point de vue formel, 192; a le tort de rattacher le caractère obligatoire du règlement à un prétendu *jussus* gouvernemental, 192 et 193; dit une chose inintelligible quand il parle de droit plus acquis, plus définitif, 196 et 197; enseigne à tort que la fonction administrative se caractérise par son but, 236 et s.; son opinion sur le droit de grâce, 254; sa théorie erronée de la voie d'autorité, de la voie de gestion publique, de la voie de gestion privée, 270 et s.; critique de cette théorie, 272 et s.; rôle que — attribue à la notion de but dans l'acte juridique, 294; montre bien l'erreur que l'on commet quand on dit qu'il n'y a juridiction que lorsque se pose une question de droit subjectif, 329 et 330; dit, à tort, que le recours pour excès de pouvoir perd de plus en plus son caractère objectif, 377, 386; cependant, dans de nombreux passages, affirme le caractère purement objectif dudit recours, 390 et 391; sa théorie de la fonction exécutive, elle est erronée, 401 et s.; sa fausse théorie des équilibres de superposition et de l'antagonisme du gouvernement et de la nation, 407 et s.; repousse très justement le mot et l'idée de délégation, 414* et s., 516; veut y substituer l'idée d'investiture qui revient au même, 415 et 416; accepte avec modifications la théorie allemande de l'organe, mais n'écarte pas l'objection qu'elle soulève, 438, 439 et 440*; voit dans l'électorat un droit d'autonomie, 452; confond les pouvoirs et les fonctions et semble dire sur ce point des choses contradictoires, 516.

Herschaft, doctrine allemande de la —, 181; admise par Carré de Malberg, 89; c'est le pouvoir de donner des ordres inconditionnés, 112: distinction de la — et de la souveraineté, 112. V. Puissance publique, Souveraineté.

Hiérarchie, ne peut exister entre les gouvernants, mais seulement entre les agents, 418; est une garantie pour les administrés, 419.

Hobbes, admet l'aliénabilité de la souveraineté, 108 et 109; initiateur des doctrines absolutistes, 610.

Hondt (d'), son système de représentation proportionnelle, 582 et 583; est appliqué en Belgique avec une modification, 583 et 584.

Hongrie, est-elle une nation, 6.

Ihering, enseigne que tous les éléments de l'Etat se ramènent à la condition de la force (Macht), 42; sa théorie de l'auto-limitation de l'Etat, 73.

Impeachment, en Angleterre et aux États-Unis, 634, 638, 649.

Imperium, mot qui sert à désigner la puissance publique, la souveraineté, 33, 60; l'— et le territoire, 49.

mpôt, les lois d'—, quoique annuelles, sont des lois au sens matériel, 155 et 156; elles ont le caractère impératif, 157. V. Budget.

Imprescriptibilité, de la souveraineté, 109 et 110.

Inaliénabilité, de la souveraineté, 17, 18, 107* et s.; — du territoire, 48 et 49.

Inconstitutionnalité des lois, 177 et 178.

Individualisme. V. Doctrine individualiste.

Indivisibilité, de la souveraineté, 17, 103* et s., 527, 532; l'— de la souveraineté et la question des deux chambres, 106; l'— de la souveraineté et la séparation des pouvoirs, 106; — du territoire, 48 et 49; — de la république, 103 et 104. V. Séparation des pouvoirs, Souveraineté.

Initiative populaire, d'après la constitution girondine, 483; d'après la constitution de 1793, 483 et 484; en Suisse, 19, 486 et 487*; en Allemagne, 487 et 488; en Prusse, 488 et 489; en Autriche, 489 et 490.

Instruction de service, n'est pas un acte juridique, 275 et s.; ne peut pas être attaquée par recours pour excès de pouvoir, 276. V. Circulaire.

Irlande, est une nation, 5; pratique dans l'Ulster la représentation proportionnelle, 590 et 591.

Italie, les femmes y ont l'électorat administratif, 468; le sénat est nommé par le roi, 544; l'— a adopté en 1919 la représentation proportionnelle, système belge, 590.

Jacquelin, n'a su voir que la juridiction subjective, 328.

Jaurès, défend le référendum consultatif, 493.

Jellinek, sa théorie de la nation-organe, 18 et s.; sa théorie du territoire élément subjectif de l'Etat, 48 et 49; sa théorie de l'auto-limitation de l'Etat, 73; voit dans la puissance publique un droit subjectif de l'Etat, 73; admet au-dessus des règles de droit des règles morales, ce qu'il appelle le domaine métajuridique, 90; sa théorie des contrats de l'Etat, 99 et 100; enseigne qu'il peut y avoir des Etats non souverains, 113; que l'Etat se reconnaît à ce qu'il a l'auto-organisation et qu'il exerce dans un certain domaine toutes les prérogatives de la puissance, 117 et 118; critique de cette opinion, 118 et 119; enseigne qu'il peut y avoir des lois matérielles portant décision spéciale, 148; critique de cette opinion, 149; distingue les règlements de droit et les règlements d'administration, 194 et 195; critique de cette distinction, 195 et 196; enseigne que l'administration est la fonction de l'Etat qui correspond aux buts de conservation et de culture, 241 et 242; critique, 242; distingue dans la loi la règle et l'ordre, 157; distingue nettement les conventions-lois et les conventions-contrats, 262; a le tort de rattacher la fonction juridictionnelle au but poursuivi, mais fait cependant une analyse exacte de cette fonction, 239 et 240; applique à l'Etat la théorie juridique de l'organe construite par Gierke, 428, 432* et s.; rattache la théorie de la représentation au rapport de l'organe primaire et de l'organe secondaire, 435; voit dans l'électorat un droit et une fonction, 453; sa polémique avec Laband à ce sujet, 453; critique la théorie de Laband prétendant qu'il n'y a aucun rapport entre le corps électoral et

le parlement, 512; enseigne que le parlement est organe direct de la nation qui est elle-même organe direct de l'Etat et qu'il y a entre eux un rapport d'organe, 513; c'est contradictoire avec son point de départ, 513 et 514; donne un critérium inexact de la république et de la monarchie, 608; s'il était exact, l'Angleterre et la France pourraient être considérées l'une et l'autre soit comme république, soit comme monarchie, et l'Empire allemand d'avant 1918 eût été une république, 609.

Jenks, défend la dualité des chambres par la nécessité d'assurer dans l'une d'elles la représentation professionnelle, 561.

Jèze, accepte le principe de ma doctrine, 37; enseigne à tort que ce qui fait le service public est exclusivement la volonté du législateur, 67 et 68; enseigne à tort qu'un tribunal régulièrement saisi peut être dessaisi par une loi nouvelle, 213, 228; a tort de parler du retrait d'acte législatif à propos de lois modifiant le régime des voies de droit, 215; critique de sa théorie du droit de grâce, 256; sa théorie de l'acte juridictionnel, critique, 315, 318, 321, 330* et s., 394 et 395; soutient à tort que la créance de la réparation délictuelle naît de la volonté unilatérale de la victime, 366 et 367; critique justement la décision du conseil d'Etat admettant la recevabilité d'une tierce opposition contre un arrêt prononçant sur recours pour excès de pouvoir l'annulation d'un décret réglementaire, 376 et 377; critique à tort mon analyse du but déterminant dans le contrat, 669 et 670.

Jugement. V. Acte juridictionnel, Contentieux, Juridiction.

Juridiction, 83; en quoi elle se distingue de l'administration et de la législation, 308 et s.; implique la solution donnée à une question de droit, 314 et s.; et une décision qui en est la conséquence logique, 318 et s.; les trois éléments qui constituent l'acte de juridiction, 320; distinction de la — subjective et de la — objective, 324 et s.; la — subjective, 342 et s.; était seule connue des Romains, 343; existe toutes les fois que le juge est appelé à résoudre principalement une question de droit subjectif, question de l'existence ou de l'étendue d'une situation juridique subjective, question de la légalité d'un acte subjectif, 343* et s., 348; il y a encore — subjective lorsque l'on prétend qu'un acte objectif porte atteinte à une situation subjective, 350 et s.; il y a alors non-opposabilité de l'acte objectif au bénéficiaire de la situation juridique subjective, 350 et s.; exemple de la nomination à un emploi réservé (L. 21 mars 1905, art. 69 et s.), 351 et s.; la — subjective existe aussi bien dans le domaine du droit public que dans celui du droit privé, 355; — objective, 357 et s.; il y a lieu à — objective quand la question principale est de savoir si la règle de droit a été ou non violée par un acte matériel ou un acte juridique objectif, 357 et 358; et lorsque l'on prétend qu'il y a atteinte à une situation objective, 358 et 359, 370 et 371; — répressive, 327 et 328, 359, 360* et s.; nature juridique de la condamnation pénale, 361 et 362; — d'annulation, 367 et s.; — de

réparation, 359, 364* et s.; aboutit à une condamnation qui est un acte subjectif, 365; fausse doctrine de Jèze sur ce point, 366 et 367; jurisprudence de la cour de cassation, 367; il y a — objective quand un recours est formé contre un acte subjectif que l'on prétend contraire à une situation objective, 382 et s.; — des conflits d'attribution est exclusivement une — objective d'annulation, 393 et s.; la — de cassation a des caractères variables suivant la nature de l'acte juridictionnel entrepris 349 et 350, 373 et 374; les actes dits de — gracieuse n'ont aucun caractère juridictionnel, 355. V. Acte juridictionnel, Autorité de la chose jugée, Contentieux, Fonction juridictionnelle.

Justice, service public, 59.

Kant, sa doctrine de la séparation des pouvoirs, 107, 524*, 534; rapproche la théorie de la séparation des pouvoirs de la théorie théologique de la Trinité, 524.

Karl Marx, combat l'idée de patrie nationale, 10 et 11; a eu le tort de ne pas voir qu'il y a dans le monde social d'autres forces que les forces économiques, 600 et 601.

Kelsen, critique la doctrine de Laband et de Jellinek d'après laquelle il peut y avoir des lois matérielles spéciales, 149.

Laband, enseigne que l'élément caractéristique de la puissance publique est le pouvoir de contrainte, 42; que l'Etat possède un droit réel sur son territoire, 52; que les Etats membres de l'empire allemand étaient des Etats non souverains, 114; prétend que l'on reconnaît un Etat à ce qu'il exerce un droit propre, 116; critique vivement la théorie de Seydel qui niait la souveraineté de l'empire allemand, 127; enseigne qu'il peut y avoir des lois matérielles spéciales, 148 et 149; critique de cette opinion, 149; distingue dans la loi la règle et l'ordre, 156 et 157*, 173; que le règlement, à la différence de la loi, ne crée pas un droit nouveau, 194; critique de cette doctrine, 195 et 196; enseigne que l'administration est l'agir de l'Etat, la législation et la juridiction étant sa pensée, 243; critique de cette conception, 243 et 244; exposé et critique de la théorie de — sur l'acte juridictionnel, 319, 338* et 339; — reproche à Jellinek de voir dans l'électorat un droit et une fonction, 453; soutient à tort qu'il n'y a aucun rapport entre l'électeur et l'élu, 511 et 512; estimait que le Bundesrath n'était pas un corps parlementaire, 553; enseignait que lorsque le parlement ne votait pas le budget, le roi avait le droit de l'établir lui-même, 632; critique violemment le parlementarisme, 662.

Laferrière, sa fausse distinction des actes d'autorité et des actes de gestion, 264 et 265; a le tort de distinguer les actes administratifs d'après leur but, 265, 267 et 268; sa mauvaise terminologie quand il distingue le contentieux d'annulation et le contentieux de pleine juridiction, 355, 359, 389 et 390*; a le tort de dire que le recours pour excès de pouvoir est un recours subsidiaire, 378 et 379; a le tort de distinguer différents cas de recours pour excès de pouvoir, 390; admet, à tort, l'existence d'une fonction gouvernementale, 400.

Länder. V. Pays.

Lapradelle (de), enseigne qu'il peut y avoir des Etats non souverains, 114.

Le Chapelier (Loi), a eu le tort de prohiber les associations professionnelles, 9 et 10.

Le Fur, sa théorie de l'Etat fédéral, 126, 128* et s.

Légalité (Principe de), 83, 145, 281 et 282; est une garantie efficace contre l'arbitraire, 152, 153; sa conception a été élaborée par la Grèce antique, 152; admis aujourd'hui par tous les pays civilisés, 153 et 154; n'aurait pas de sens si la loi n'était par définition une disposition par voie générale, 154. V. Etat de droit, Recours pour excès de pouvoir.

Lemire (abbé), demande la représentation professionnelle au parlement, 560 et 561, 603 et 604.

Léon Blum, a très justement soutenu au conseil d'Etat que la tierce opposition n'est pas recevable contre un arrêt prononçant sur recours pour excès de pouvoir l'annulation d'un décret réglementaire, 377.

Leroy (Maxime), la transformation de la loi, 174.

Lex regia, à Rome donnait au prince une délégation du peuple, 495 et 496. V. Délégation, Représentation.

Liberté, sa notion dans l'antiquité, 152 et 153; sa notion moderne, 153; la — et les Déclarations des droits, 158 et 159.

Locke, n'a pas voulu faire une théorie juridique de la séparation des pouvoirs, mais seulement montrer comment la répartition des fonctions peut assurer la liberté, 516* et s.; 521.

Loi, n'a pas le caractère d'un ordre donné par le parlement, ne s'impose que si elle est l'expression ou la mise en œuvre d'une règle de droit, 36, 82* et 83, 136* et 137, 169, 170, 172; la notion de — dans la Déclaration des droits de 1789 et la constitution de 1791, 141, 445; la — au sens matériel, 140 et s., 144* et s.; au sens formel, 140 et s.; la distinction n'a pas été aperçue par le législateur constituant, 141 et 142; ni par certains auteurs, 142; la — et la constitution de 1875, 142; la distinction de la — matérielle et de la — formelle est admise par la plupart des auteurs en France, en Allemagne et en Italie, 142 et s.; la définition de la — matérielle, 144 et 145; c'est une règle générale et abstraite, 145* et s., 184; une règle de droit objectif, 145, 150 et 151, 172; son caractère de généralité a un fondement rationnel, 150 et s.; un fondement historique, 151* et s., 153; un fondement social, 151* et s., 153; la — formelle est toute décision qui n'a pas le caractère de généralité et qui émane d'un organe législatif, 146 et 147; une — temporaire peut être une — au sens matériel, 155 et 156; notamment les — portées pendant la guerre, 155; les — d'impôt, 155 et 156*, 643 et 644; la — matérielle, disposition impérative, 156 et s.; fondement du caractère impératif de la loi, 157 et s., 160, 169* et s., 192; elle est impérative, parce qu'elle formule une norme sociale impérative ou la met en œuvre, 169; est un mode d'expression du droit objectif, 172; n'est pas un ordre de l'Etat ni des gouvernants, 170, 172, 192; la — contient sa sanction en elle-même, parce qu'elle est une règle sociale et que sa violation provoque nécessaire-

ment une réaction sociale, 174 et s.; beaucoup de — ne peuvent pas être sanctionnées par la force étatique, 176 et s.; même les lois qui s'adressent aux gouvernés ne peuvent être sanctionnées directement par la contrainte, 178* et s., 181; application territoriale de la —, 198 et 199; son application dans le temps, 199 et s.; la — formelle est en droit français insusceptible de tout recours, 281; la — matérielle coïncide approximativement avec le droit objectif, 281. V. Fonction législative, Rétroactivité (Principe de non-).

Loi de compétence et de capacité, 158, 164* et s.; appelée inexactement loi permissive, 164; les — sont des lois constructives, 164; des lois prohibitives, 164 et 165.

Loi constitutionnelle, conçue comme le pacte social, 482; doit, en conséquence, être soumise à l'approbation populaire, 482 et 483. V. Référendum.

Loi constructive, 82, 144, 169; les lois organiques sont des —, 163 et 164; de même les lois de compétence, 164; de même les lois supplétives, 168, 216 et 217.

Loi interprétative, 219 et s.; constitutions étrangères qui réservent l'interprétation législative, 219; lois françaises qui instituent l'interprétation législative, 219 et 220; loi de 1837 sur l'interprétation judiciaire, 220; exemples de —, 220 et s.; loi du 21 juin 1843, 220, 225; loi du 13 avril 1908, 221 et 222, 225 et 226; article 65 de la loi de finances du 8 avril 1910 et article 128 de la loi de finances du 13 juillet 1911, 222 et 223, 225; loi du 2 juillet 1917, 224; article 2 de la loi du 31 mars 1922 sur les loyers est une monstruosité juridique, 224, 226* et s.; théoriquement, la — n'étant pas une loi nouvelle ne pose pas la question de rétroactivité, 224; le législateur ne peut pas, sous couleur de —, édicter une disposition nouvelle, 224 et 225; la — ne peut pas dessaisir un tribunal régulièrement saisi, 225 et 226.

Loi normative, 82, 144, 215 et 216; les Déclarations des droits sont des —, 158 et s. V. Norme juridique.

Loi organique, 158, 161* et s.; comment la — est impérative, 162 et 163; elle met en œuvre une règle de droit en elle-même impérative, 163; elle est une loi constructive, 163 et 164.

Loi pénale, est une loi impérative, 157; n'est pas sanctionnée directement par la contrainte, 178 et 179; non-rétroactivité de la —, 200, 203, 215* et s.; c'est la — en vigueur au moment où l'acte est commis qui s'applique à l'incrimination, 216 et 217; la loi en vigueur au moment de l'instruction et du jugement détermine la procédure et la peine, 216 et s.; exception, 217.

Loi prohibitive non pénale, n'est pas sanctionnée directement par la contrainte, 179 et 180.

Loi supplétive, 158, 165* et s.; on peut y déroger, 165; comment la — est cependant impérative, 165 et 166; la — est la reconnaissance par le législateur d'une règle coutumière, 167; elle contient un double commandement au juge, 168; elle est une loi constructive, 168.

Lois et décrets, distinction des

— dans la constitution de 1793, 141, 183 et 184.
Lolme (de), s'inspire directement de Montesquieu, 480.
Loyseau, admettait que la puissance publique s'acquérait par prescription, 109.
Luxembourg, reconnaît l'égalité politique des sexes, 468.
Mac-Mahon (Maréchal de), était comme un roi constitutionnel pour sept ans, 627 et 628.
Maire, a le pouvoir réglementaire, 183.
Malouet, proposait en 1791 que la constitution fût soumise au référendum, 481.
Mandat. V. Délégation.
Mandat impératif, prohibé par les constitutions et les lois électorales françaises, 426, 499* et s., 503, 510; par la plupart des constitutions et lois politiques étrangères, 503; le — aux Etats généraux, 497; défendu par Pétion à l'Assemblée de 1789, 503, 508; théorie du —, 508 et s.; repose sur l'affirmation de Rousseau que chaque citoyen possède une quote-part de la souveraineté, 508 et 509; au point de vue pratique est inadmissible, 510; le — et la démission en blanc, 509; le — est en contradiction avec le principe de l'unité et de l'indivisibilité de la souveraineté, 509 et 510, 567 et 568.
Mandat représentatif, expression qui désigne la théorie française de la représentation politique, 426, 437, 499* et s., 504; il est donné par la nation entière au parlement, 501* et s., 536 et 537, 567 et 568; n'empêche pas cependant l'existence d'une relation plus étroite du député avec la circonscription qui l'élit, 504 et 505. V. Délégation, Gouvernement représentatif, Représentation.
Marie, a écrit inutilement deux gros volumes pour démontrer qu'il n'y avait pas de contentieux objectif, 389.
Marrast (Armand), fait repousser par l'Assemblée constituante de 1848 la dualité des chambres, 556.
Maurras, sa doctrine monarchiste, 26 et 27.
Mayer (Otto), sa définition de l'administration, 241.
Mengel, critique ma doctrine et adopte en fin de compte une doctrine conceptualiste, 192.
Mer territoriale, 53. V. Domaine, Territoire.
Mer nationale, différence d'avec la mer territoriale, 53.
Meyer (G.), fait de la généralité un caractère essentiel de la loi, 148; sa théorie du Träger, 422.
Michoud, sa théorie de l'organe, 20; critique ma doctrine, 37; sa définition du droit naturel, 70; me reproche à tort d'avoir méconnu que toute théorie juridique implique une abstraction, 74 et 75; soutient à tort qu'un effet de droit implique l'existence d'un sujet de droit, 75; reproche justement à Berthélemy et à Hauriou d'écarter la personnalité puissance publique de l'Etat et d'admettre en même temps la personnalité patrimoniale, 91; développe longuement l'idée que la puissance publique est le droit subjectif de l'Etat et analyse son contenu, 96; enseigne que l'Etat puissance publique et l'Etat personne morale de droit privé constituent un seul et même sujet de droit, 99; critique de cette doctrine, 99; admet qu'il peut y avoir des Etats non souverains, 114; soutient que ce qui distingue l'Etat

non souverain de la circonscription décentralisée, c'est que le pouvoir qui domine l'Etat non souverain est juridiquement limité, 119; c'est un cercle vicieux et c'est contraire aux faits, 119 et 120; accepte avec quelque réserve la théorie allemande de l'organe, 428, 437 et 438; ne réfute pas mes objections sur ce point, 437 et s.; sa théorie du pouvoir discrétionnaire, 300.

Ministres, ont le pouvoir réglementaire, 183; sont politiquement et solidairement responsables devant les chambres dans le régime parlementaire, 634, 646* et s.; les — aux Etats-Unis, 634. V. Conseil des ministres, Contrôle, Gouvernement parlementaire, Président du conseil des ministres, Responsabilité.

Mohl, reconnaît que la généralité est un caractère essentiel de la loi, 147.

Mommsen, montre que le Principat romain avait pour base l'idée d'une représentation politique, 495 et 496.

Monarchie, gouvernement où le chef de l'Etat est héréditaire, 607; sa différence d'avec la République, 607 et 608; critérium inexact donné par Jellinek, 608 et 609; peut être despotique ou absolue quelle que soit son origine, 610; — de droit divin, 610; — élective, 433, 608. V. Gouvernement monarchique, Roi.

Monarchie absolue, 21, 410, 630; est le type de l'Etat avec un organe individuel unique, 432; les pouvoirs du monarque sont alors limités par des lois préétablies, 609; différence avec la monarchie despotique, 609.

Monarchie despotique, celle où le monarque n'est limité par aucune loi, 609. V. Despotisme.

Monarchie limitée, 24 et s., 610* et s.; la — en Angleterre et en France, 24, 629 et s., 651* et s.; se transforme en monarchie parlementaire, 631, 652* et s.; la — en Belgique, en Espagne, en Italie, en Yougo-Slavie, 24, 639; gouvernement mixte résultant de la coexistence de plusieurs forces gouvernantes, 24* et s., 611 et 616; la — en Allemagne avant 1919, 616, 631* et s.; la — inconciliable avec l'idée de souveraineté nationale indivisible, 24 et s., 611* et s., 614; à moins qu'on y voie une simple commission toujours révocable, 615 et 616. V. Gouvernement parlementaire.

Montesquieu, montre que tout l'art politique consiste à organiser l'équilibre des forces gouvernantes, 406 et 407; n'est pas, contrairement à ce que paraît indiquer un passage de l'*Esprit des lois*, partisan du gouvernement direct, 479 et 480; est au contraire partisan du gouvernement représentatif, 420; son influence prépondérante à l'Assemblée de 1789, 481; son erreur sur l'origine du gouvernement représentatif, 496; n'a point formulé la théorie de la séparation des pouvoirs telle que l'ont comprise les constituants de 1791; a simplement décrit la constitution anglaise et montré comment, par la répartition des fonctions, elle garantissait la liberté, 518* et s., 521; dit que la puissance de juger est en quelque façon nulle, 518 et 519; montre que le législatif et l'exécutif doivent avoir une action l'un sur l'autre et marcher de concert, 519 et 520; sa conception du pouvoir judi-

ciaire adoptée par l'Assemblée de 1789, 528 et 529, 531 et 532; défend la dualité des chambres, 554.

Montmorency (Mathieu de), combat en 1789 la dualité des chambres, 556, 558 et 559.

Moratoires, légitimité des lois établissant des —, 215.

Moreau (Félix), ne voit, au point de vue matériel, aucune différence entre la loi et le règlement, 191.

Napoléon Ier et **Napoléon III**, affirment qu'ils ont reçu une délégation du peuple. V. Constitution de 1852, Constitution de 1870.

Mounier, demande en 1789 la création de deux chambres, 555.

Naquet, sa proposition de référendum constituant est repoussée par l'Assemblée de 1875, 484; propose en 1875 de ne pas créer de président de la République, 621 et 622*, 629.

Nation, élément de l'Etat, 2 et s., 4* et s.; la — support de la souveraineté, 420 et 421; exprime sa volonté par le corps électoral, 420 et 421; la — forme générale des sociétés politiques à l'époque moderne, 4; est sortie du régime féodal, 4; la subordination à une même autorité politique ne fait pas la —, 4 et s.; la — existe indépendamment de la communauté de races, 6 et s.; peut exister malgré la diversité de langues, 7; la — ne correspond pas toujours à des limites géographiques, 7; la communauté de traditions, de besoins, d'aspirations est l'élément essentiel de la —, 7 et s.; l'existence de la — n'exclut pas le maintien des formes sociales antérieures, famille et cité, 8; ni la constitution de groupements professionnels, 8 et s.; en quel sens la — est une réalité, 12* et s., 16; il n'y a pas de conscience ni de volonté de la —, il n'y a pas d'âme de la —, 12* et s., 441; la — est le milieu dans lequel se produit le phénomène Etat, 14*, 16; la — n'est ni élément subjectif, ni élément objectif de l'Etat, 14 et 15; il n'y a pas toujours coïncidence entre la sphère d'action des gouvernants et la nation, 15; les forces gouvernantes se forment dans la nation et on ne peut opposer gouvernement à nation, 407* et s., 414 et 415; erreur d'Hauriou sur ce point, 407 et s.; situation des membres de la —, 441 et s.

Nation-organe (Théorie de la), 18* et s., 513; ses partisans soutiennent que la théorie de la nation-personne crée une dualité dans l'Etat et rend impossible sa construction juridique, 18; la nation n'est pas un sujet de droit distinct de l'Etat, 19; il faut lui appliquer la théorie générale de l'organe, 19* et 20, 432; la nation tantôt organe pour décider, tantôt organe seulement pour élire, 19 et 20; critique de la théorie de la —, 20; conséquence de cette théorie sur la nature de l'électorat, 453; polémique entre Jellinek et Laband, 453. V. Organe.

Nation-personne (Théorie de la), 16 et s.; place qu'elle occupe dans le droit positif français, 17 et 18; la — est titulaire de la souveraineté dans sa substance, 17; reproche à cette théorie de créer une dualité dans l'Etat, 18.

Nationalités (Principe des), 6.

Naturalisation, retrait de la —, 206 et 207. V. Rétroactivit (Principe de non-).

Nézard, son erreur sur la distinction de la loi et du règlement, 193 et 194.

Nomination des fonctionnaires. V. Fonctionnaires.

Norme juridique, la — et les services publics, 68, 82, 169; la — est le fondement du caractère obligatoire de la loi, 157 et s., 160, 169* et s., 192, 215 et 216. V. Loi.

Norvège, admet le suffrage des femmes depuis 1907, 462 et 463; s'est séparée de la Suède et s'est donné un roi en 1905, 613.

Nouvelle-Zélande, admet l'électorat des femmes, 467.

Obéissance préalable, est, d'après Hauriou, l'élément substantiel de la puissance publique, 80 et 81; réfutation, 80 et s.; il faut distinguer la loi, l'administration et la justice, 82 et 83.

Objet de l'acte public, 290 et s.; distinction de l'— immédiat et de l'— médiat, 290 et s.; la théorie de l'— est la même en droit public et en droit privé, 291; différence du but et de l'— médiat, lequel est l'effet de droit, 291 et 292, 660 et 670. V. Acte juridique, But.

Objectivisme du droit public, 36. V. Droit objectif.

Opération matérielle administrative, 232* et s., 274 et 275.

Oppression (Droit de résistance à l'), 170.

Ordre de service, n'est pas un acte juridique, 275 et s.; ne peut pas être attaqué par le recours pour excès de pouvoir, 276. V. Circulaire, Instruction.

Ordre judiciaire. V. Autorité judiciaire, Séparation de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif, Séparation des pouvoirs.

Organe, 404 et s.; tout — de l'Etat doit correspondre à une force gouvernante, 406; théorie juridique de l'—, 404* et s., 410, 419 et 420; collaboration des —, 405 et s.; théorie française des — de l'Etat, 420* et s., 425 et 426; le corps des citoyens est — direct et suprême, 421; théorie allemande de l'— juridique, 427 et s.; l'— juridique est un représentant, mais pas un mandataire, 429; l'— n'a pas une personnalité distincte de la personnalité collective, 429 et 430; Jellinek enseigne que l'individu ou les individus organes d'une collectivité ont un droit subjectif à être reconnus comme —, 429; aucun rapport juridique n'existe entre une collectivité et ses —, entre l'Etat et ses —, 430; l'— et le mandataire se distinguent du préposé, 430 et 431; un individu ou un groupe d'individus ne peut être l'— d'une collectivité, de l'Etat qu'en tant qu'ils font des actes juridiques, 431 et 432; distinction des — directs et des — indirects, 432 et 433; l'— collégial a une volonté une, 432 et 433; les membres d'un collège sont — du collège qui est lui-même — de l'Etat, 433; — partie, 433; — de création et — créé, 433 et 434; aucun rapport de droit n'existe entre eux, 434; — direct primaire et — direct secondaire, 434; différence de l'— créé et de l'— direct secondaire, 434 et 435; au rapport de l'— primaire et l'— secondaire Jellinek rattache sa théorie de la représentation, 435; — indirect, 435 et 436; la distinction des — directs et des — indirects correspond à la distinction des gouvernants ou représentants et des agents, 436; critique de la théorie

juridique de l'—, 436 et s.; elle aboutit à un cercle vicieux, 437; elle implique la réalité de la personnalité collective, 439; la théorie juridique de l'— et la représentation politique, 511* et s., 541 et 542. V. Délégation, Mandat, Représentation.

Orlando, sa définition de l'administration, 241.

Pape, 433.

Parlement, origine du mot, 542 et 543; les — de l'ancien régime, 542 et 543; le — vote la loi, 140 et s., 182; toute décision votée par le — est une loi formelle, 140* et s., 182; elle est insusceptible de recours en droit positif français, 177; le — en Angleterre, 497, 542; il comprend la chambre des communes, la chambre des pairs et le roi, 497, 498, 544; en quel sens il est souverain, 498; son caractère représentatif, 537; action réciproque que le — et le gouvernement doivent exercer l'un sur l'autre, 538; composition du —, 542 et s.; les — sont en général élus et comprennent deux chambres, 543* et s., 561; nomination du —, 561 et s.; — héréditaire, 561; — élu au suffrage direct ou à deux degrés, 562 et s.; rapports du — avec le gouvernement, 529 et s.; le — doit exercer un contrôle général et permanent sur le gouvernement. 645* et 646, 647. V. Chambre, Députés, Election, Gouvernement parlementaire, Représentation politique, Représentation professionnelle, Représentation proportionnelle, Scrutin, Suffrage universel.

Patrie (Idée de), son véritable contenu, 10 et s.; l'— et la guerre de 1914, 11; elle est plus puissante que jamais, 11; elle n'est cependant ni absolue ni définitive, 11 et 12. V. Nation.

Patrimoine, de l'Etat, 62; n'implique pas la personnalité de l'Etat, 61 et 62; — affecté à un service public, 60 et s.

Pays (Länder), de la constitution allemande de 1919, 118, 552; controverse sur leur caractère juridique, 120 et s.; la constitution de 1919 les oblige à instituer un gouvernement républicain et parlementaire, 616 et 617; les — de la constitution autrichienne de 1920, 120, 552. V. Allemagne, Autriche, Etat fédéral.

Personnalité de l'Etat n'existe pas, 1 et s., 31 et s.; — patrimoniale de l'Etat n'existe pas davantage, 61 et 62; la croyance à la — de l'Etat est un fait social, 69.

Pétion, propose en 1789 qu'au cas de veto royal la loi soit soumise au référendum, 481; défend le mandat impératif, 500, 508; critique la représentation donnée au territoire et à la propriété, 602.

Pezons, propose en 1790 de donner aux directoires administratifs la connaissance des procès administratifs, proposition adoptée par l'Assemblée, 530 et s.

Pichat, dans ses conclusions pour l'affaire Lafage montre nettement le vrai caractère du recours pour excès de pouvoir, 387.

Planiol, distingue les lois formelles et les lois matérielles, 143; enseigne que la généralité est un caractère essentiel de la loi, 147; se contredit en disant, d'une part, que la loi est impérative et, d'autre part, qu'on peut déroger à certaines lois, 166; formule exactement le

principe de non-rétroactivité, 202.

Plébiscite, en quoi il consiste et se distingue du référendum. V. Référendum.

Poincaré (Raymond), ce qu'il dit du régime politique de la France et du rôle du président de la République, 659 et 660; montre les avantages du système et le grave danger qu'il y aurait à entreprendre une revision, 666 et 667.

Police, service public, 58 et 59; règlement de —, 183, 187.

Pologne, était une nation malgré son démembrement, 5; ancienne monarchie de —, 433, 608; la — admet l'électorat des femmes, 465.

Population, ne doit pas être la seule base de la représentation, 596 et s.; ne l'était pas d'après la constitution de 1791, 602. V. Nation, Territoire.

Posada, sa définition de l'administration, 241.

Postes et télégraphes, ce service doit être industrialisé, 61.

Pouvoir, n'existe pas comme droit, 85 et 86, 122, 293 et 294; le — conçu en 1789-91 comme un élément de la souveraineté, 397, 514* et s., 521 et s., 524 et 525; on confond souvent les — et les fonctions, 397, 515* et s., 522; les — ne sont pas des organes, 522 et 523; au cas de délégation divisée, chacun des — est souverain et malgré cela il n'y a qu'une souveraineté, 523 et 524, 526 et 527; c'est le mystère de la trinité politique calqué sur le mystère de la trinité divine, 523 et 524; la notion de — ainsi comprise est irréelle, 524, 541. V. Délégation, Etat, Séparation des pouvoirs, Souveraineté.

Pouvoir discrétionnaire, n'existe pas en droit français, 297 et s.; la liberté d'appréciation de l'agent quant à l'opportunité est plus ou moins grande suivant les cas, 301 et 302; n'existe même pas pour le retrait des naturalisations de la loi du 7 avril 1915, 299 et 300, 303; ni même pour la révocation des agents directs du gouvernement, 303 et 304. V. Acte discrétionnaire.

Pouvoir exécutif, conçu comme un élément de la souveraineté, 138 et 139, 396 et s., 514* et s.; confié au président de la République, 426, 538; rapport du — avec le pouvoir législatif d'après Montesquieu, 519 et 520; l'existence d'un — n'implique pas l'existence d'une fonction exécutive, 138 et 139, 396* et s.; le — incorporé dans le roi (Constitution de 1791), 522, 526; exercé par le gouvernement, 537 et 538; en réalité, il n'y a pas de —, 524, 539; désignation donnée souvent et inexactement au gouvernement, 606 et 607. V. Gouvernement, Président de la République, Roi, Séparation des pouvoirs.

Pouvoir judiciaire, d'après Montesquieu, en quelque façon nul, 518 et 519; le —; d'après la constitution de 1791, est un troisième pouvoir souverain et indépendant, 528; il est incorporé dans l'ordre judiciaire, 522, 526 et 527; d'après Montesquieu et le droit de la Révolution, le — est la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit civil, 528 et 529; il ne peut donc avoir la connaissance des affaires qui dépendent du droit public, 529 et 530; c'est le principe de la séparation des deux contentieux, 530; de ce qu'il y a une fonction de juger distincte des autres fonctions de l'Etat, il ne résulte pas qu'il y ait un

—, 539; il n'y a pas, en réalité, de —, mais seulement une autorité judiciaire, 524, 538* et s. V. Autorité judiciaire, Contentieux administratif, Séparation de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif, Séparation des pouvoirs.

Pouvoir législatif, rapport avec le pouvoir exécutif, d'après Montesquieu, 529 et 520; le — incorporé dans le parlement, 522, 526. V. Parlement, Séparation des pouvoirs.

Pouvoir réglementaire, 139, 538; il n'y a pas de fonction réglementaire, 139. V. Règlement.

Préfet, a le pouvoir réglementaire, 183; ne peut pas être révoqué arbitrairement, 304.

Préposé, se distingue du mandataire et de l'organe, 430 et s.

Prescription, même commencée est régie par la loi nouvelle, 214.

Président du conseil des ministres, sa responsabilité politique devant les chambres exclut l'action personnelle du président de la République, 665; n'exerce point un pouvoir personnel puisqu'il est sous le contrôle continuel des chambres, 664 et 665; son choix parfois imposé par l'opinion au président de la République, 666. V. Conseil des ministres, Gouvernement parlementaire, Ministres, Poincaré, Responsabilité.

Président de la République, de la constitution de 1848, 655; le — de la constitution de 1875 a le pouvoir exécutif, 426; le pouvoir réglementaire, 182 et 183, 247 et 248, 537 et 538; personnifie le gouvernement qui agit tantôt comme organe politique, tantôt comme organe administratif, 246 et 247; comme organe administratif quand il fait des règlements, 247 et 248; comme organe politique quand il fait un acte relatif à ses rapports avec les chambres, 248 et 249; les actes qu'il fait avec ce caractère sont insusceptibles de recours, 247, 248 et 249; le — a le droit de grâce, 250 et s.; il agit comme organe politique lorsqu'il l'exerce, 252 et 253; son décret est insusceptible de recours, 253; il engage la responsabilité ministérielle, 253 et 254; le — surveille et assure l'exécution des lois, vrai sens de cette formule, 398 et s.; il est un organe créé par les chambres, 434; il participe à toute l'activité étatique, 537 et 538; il a le caractère de représentant, 621, 627* et s.; il est élu par les chambres, 656 et 657, 640 et 641, 658 et 659, 662; tout autre mode d'élection présenterait de graves inconvénients, 662; le — a le droit de convoquer, d'ajourner, de clôturer le parlement, de dissoudre la chambre des députés, 657; son rôle effacé est la condition même du régime parlementaire, 660, 652* et s., 664 et 665; grave danger de donner en France au — des pouvoirs analogues à ceux du président américain, 663; lui permettre, comme le propose M. Deschanel, de s'adresser directement aux chambres, ce serait créer nécessairement de graves conflits, 664 et 665; toute politique du — serait brisée, 665 et 666; le — exerce le pouvoir important de choisir le président du conseil, 666; à beaucoup d'égards est un simple agent, 628, 629, 658* et s.; le — aux États-Unis, 623 et 624, 634*, et s.; élu au suffrage populaire à deux degrés, 623 et 624; ses rapports avec le congrès, 635 et 636; a des pouvoirs étendus, 637; il n'est pas

à craindre cependant qu'il devienne dictateur, 624. V. Chef d'Etat, Gouvernement, Gouvernement républicain, Pouvoir exécutif.

Prince, expression employée par les théologiens pour désigner les gouvernants, 31; se distingue du tyran, 43.

Procédure, est toujours réglée par la loi en vigueur au moment où elle se déroule, 214; — civile et administrative, 321; — criminelle, 320, 333; — romaine des actions de la loi, 343; formulaire, 320. V. Acte juridictionnel, Contentieux, Juridiction, Voies de droit.

Propriété, la notion traditionnelle de — ne peut s'appliquer aux biens affectés à des services publics, 62; la — étant une situation de droit objectif est modifiée par toute loi nouvelle, 210 et 211, 396; la — donne lieu au contentieux objectif, 385, 396*; la constitution de 1791 donne à la — une représentation, 602.

Proudhon, sa théorie du domaine de souveraineté et du domaine de propriété, 51.

Prusse, il y existe un élément démocratique à côté de l'ancienne aristocratie, 22 et 23; la constitution de 1920 donne les mêmes droits politiques aux femmes et aux hommes, 464; elle fait une part à l'initiative populaire et au référendum, 488 et 489; elle établit une république parlementaire, 616.

Pugliesi, propose un référendum consultatif sur la réforme électorale, 493.

Puissance de contrainte, irrésistible est la caractéristique essentielle de l'Etat, 40 et s., 402; diffère totalement de la puissance publique conçue comme droit, 41 et 42; est limitée par le droit, 43 et s.; doit, pour être durable, se faire accepter par les gouvernés, 143; l'emploi de la — n'est pas un acte juridique, 44; n'échappe pas cependant à la prise du droit, 44 et 45; peut constituer un abus de pouvoir, 45; entraîner la responsabilité de l'agent, 45; la — doit être employée pour assurer le fonctionnement des services publics sans interruption, 56 et s.; de quelle manière elle intervient pour sanctionner la loi, 176* et s., 181.

Puissance publique, n'existe pas comme droit subjectif de l'Etat, 1 et s.; 31* et s.; 91, 96, 122, 130, 169, 192; existe comme fait, 36; auteurs qui distinguent la — de la souveraineté, 32 et 33, 111* et s.; en disant que la puissance publique n'existe pas comme droit, je ne suis pas anarchiste, 34 et s.; la — est une fonction et non un droit, 57, 77; n'existe pas plus dans les services publics de guerre, de police et de justice que dans les autres, 59 et 60; est un fait de plus grande force, matérielle ou morale, 84 et 85; ne devient pas un droit en se capitalisant, d'après l'expression d'Hauriou, 85 et 86; la — conçue comme puissance souveraine, 97 et s. V. Etat, Souveraineté.

Question d'état. V. Etat et capacité, Contentieux des questions d'état.

Rabaud-Saint-Etienne, invoque l'unité de la souveraineté contre la dualité des chambres, 555.

Recours pour excès de pouvoir, son caractère objectif et son rôle pour assurer le fonctionnement des services publics, conformément à la loi, 66, 273 et 274, 293, 327 et

328, 374 et s., 386* et s.; est toujours fondé sur une atteinte au droit objectif, 390; il n'y a pas à distinguer divers cas d'ouverture du —, 390; est une création jurisprudentielle, 293; le recours formé par le bénéficiaire d'un emploi réservé (L. 21 mars 1905) n'est pas un —, 351 et 352; le — ne peut être fondé sur la violation d'un contrat, 353 et 354; le — dirigé contre un acte-règle et contre un acte-condition, 368 et 369, 378* et s.; l'arrêt prononçant l'annulation d'un acte objectif est un acte juridique condition, 369; le — dirigé contre un acte-règle, 375; la décision qui écarte le — n'exclut pas un nouveau — fondé sur un autre motif ou formé par une autre personne, 375; la décision qui sur — prononce l'annulation d'un acte-règle a une portée générale, 375; la tierce opposition n'est pas recevable contre lui, 376 et 377; erreur qui consiste à dire que le — est un recours subsidiaire, 378 et 379; pourquoi le — n'est pas recevable en matière de contribution directe, de marché de fournitures, 378 et 379; le — contre les nominations irrégulières, 373; contre l'acte d'un agent public, portant atteinte à une situation objective, par exemple à la situation légale d'un fonctionnaire, 381 et s.; le — est recevable dans ce cas, même contre un acte subjectif, 382 et s.; le — contre les actes qui portent atteinte à la liberté individuelle ou à la propriété, 384 et s.; le conseil d'Etat saisi du — ne peut qu'annuler ou refuser d'annuler, il ne peut prononcer de condamnation, 386 et 387; le — contre la décision du préfet, en matière de repos hebdomadaire, 386, 388 et 389; contre le refus d'une permission, 386, 389; la décision d'annulation rendue par le conseil d'Etat sur le — s'impose aux tribunaux judiciaires, 391 et 392. V. Acte juridictionnel, Autorité de la chose jugée, Contentieux administratif, Juridiction.

Référendum, moyen de garantir la solidarité qui doit exister entre représentants et représentés, 414, 504; en quoi il consiste et se distingue du plébiscite, 476; le — constituant en France, 446, 481* et s., 484; le — en Suisse, 486 et 487; le — aux Etats-Unis, 481, 484* et 485; le — en Autriche, 489 et 490; le — en Allemagne, 487 et 488; le — en Prusse, 488 et 489; le — et le droit de dissolution, 645; le — facultatif, 476 et 477; le — consultatif, 477; il n'est pas contraire à la loi, à la constitution de 1875; le — de décision prohibé par la constitution de 1875, 491 et s.; le — a de grands avantages, 477 et 478, 490; a tendance à se développer, 490. V. Gouvernement direct.

Règle de droit, 68, 82; est une création spontanée du milieu social, 90 et 91; c'est ce qui fonde son caractère obligatoire, 157 et s., 160, 169* et s., 192; s'impose aux gouvernants, 417 et 418. V. Droit, Norme juridique.

Règlement, sa définition au point de vue formel, 182; est une loi au point de vue matériel, 183* et s., 186, 247 et 248, 272 et 273, 399, 400; est un acte juridique règle, 184 et 185; contient une disposition par voie générale, 185; la distinction faite par certains auteurs entre la matière de la loi et la

matière du — est purement formelle, 183* et 184, 186; — de police, 183, 187*; — d'organisation des services publics, 187; intérêt pratique qu'il y a à dire que le — est une loi matérielle, 187 et s.; le — peut être interprété par les tribunaux judiciaires, 188 et s.; le président de la République faisant un —, même d'administration publique, agit comme organe administratif, 247 et 248. V. Loi, Président de la République.

Reich allemand. V. Allemagne.

Renan, sa définition de la nation, 8.

Réparation, comme sanction indirecte de la loi, 180 et 182.

Repos hebdomadaire, caractère objectif du recours contre la décision du préfet, 386, 388 et 389.

Représentant, est dans une situation de droit objectif, 413, 506; doit dépendre du représenté, 413 et 414; le roi comme — de la nation, 612 et 613; le chef d'Etat républicain comme —, 618; distinction des — et des agents, 423* et s., 436; responsabilité des —, 494, 504 et s.; le député est — de la nation entière et non de la circonscription, 501 et 502; il est cependant en relations plus étroites avec sa circonscription, 504 et 505.

Représentation, 17 et 18, 409* et s., admise par les constitutions de 1791, an III, 1848, 1875, 17, 109; la — dans la constitution de 1791, 424 et 425, 498 et s.; s'analyse en un mandat donné par la nation-personne au parlement, 498 et 499, 501* et s., 504, 537; la —, en réalité, s'analyse en une situation de solidarité, 411 et s.; donne une situation de droit objectif au représentant et au représenté, 412 et 413, 506; l'organisation de la — doit reposer sur l'élection, 412 et 413, 507 et 508, 546 et s.; une dépendance doit exister entre représentants et représentés, 413 et 414, 503 et 504; on doit écarter l'idée de délégation, 414 et s.; la — n'est pas un fait propre à l'époque moderne, 495; était connue à Rome, 495 et 496; disparaît au moyen âge, il n'y en a pas trace dans les assemblées de l'époque franque, erreur de Montesquieu, 496; la — peut être donnée en même temps à plusieurs corps ou à un corps et à un homme, 508, 613; cela pose le problème de la séparation des pouvoirs, 508, 522* et s.; il n'y a pas de — divisée entre plusieurs organes, 536* et s., 540 et 541; la — dans la doctrine juridique de l'organe, 511 et s. V. Députés, Gouvernement représentatif, Mandat représentatif.

Représentation professionnelle ou syndicale, 30, 455 et 456, 596* et s.; doit être organisée pour la nomination de l'une des chambres, 559 et 560; doit être une représentation politique, 605; conséquence nécessaire du mouvement syndicaliste, 598 et 599; ne doit pas être une représentation des petits groupes, mais bien des grandes forces professionnelles, 597 et 598; n'est pas en opposition avec la doctrine française de la représentation politique et de la souveraineté nationale, 596 et 597; défendue par l'abbé Lemire et Marc Sangnier, 603, 606; lois françaises faisant une place à la —, 603; la — en Espagne, 549 et 550. V. Syndicalisme, Syndicats professionnels.

Représentation proportionnelle, 28, 412 et 413, 571* et s. ; il serait plus exact de dire l'élection proportionnelle, 571 ; la — opposée au système majoritaire, 572 ; elle n'est pas en contradiction avec la doctrine française de la souveraineté indivisible et du mandat représentatif, 573 et s. ; n'empêche pas la formation d'une majorité au parlement, 578 et 579 ; assure dans le parlement l'existence des mêmes partis que dans le pays, 578 ; ne présente pas de difficultés pratiques, 579 ; tend à s'établir dans tous les pays, 579, 588, et s., 594 ; la — par le quotient électoral et la liste de préférence, 581 ; par le système de la concurrence des listes et du double vote simultané, 581 et 582 ; la — par le système du diviseur commun ou système d'Hondt, 582 et 583 ; fonctionne en Belgique, 583 et 584 ; l'expérience belge est concluante, 584, 588 et 589 ; la — en France, 28 et 29, 584* et s. ; la loi du 12 juillet 1919 a essayé de concilier le système majoritaire et le système proportionnel, 567, 584, 585* et s. ; le fonctionnement de la — est faussé en France par l'absence de parti politique véritable, 586 ; la — en Suisse, 589 et 590 ; en Italie, 590 ; en Danemark, 590 ; en Irlande, 590 ; en Wurtemberg, 591 ; en Allemagne, 591 et s. ; en Autriche, 593 et 594.

Répression, comme sanction indirecte de la loi, 178 et 179, 181 et 182.

République, est devenue en France, depuis la guerre, inséparable de la nation, 27 et 28 ; les royalistes et les partisans des doctrines bolchevistes en France se placent en dehors de la conscience française, 28 ; il y a — toutes les fois qu'il n'y a pas de chef d'Etat ou qu'il n'est pas héréditaire, 607 et 608, 617* et s. V. Gouvernement républicain, Président de la République.

République Argentine, a le vote obligatoire, 448 ; le vote limité, 580.

Responsabilité, de l'Etat, son extension est conséquence de la disparition de la puissance publique conçue comme droit, 37 ; à l'occasion du fonctionnement des services publics, 63 et s. ; fondée sur l'idée de risque et de solidarité sociale, 63, 64* et s., 275, 277, 364 ; au cas d'opération matérielle, 275, 277 ; au cas d'exécution préalable, 308 ; — du chef de l'Etat devant le peuple, 626 et 627 ; aux Etats-Unis, 634, 638 ; — des fonctionnaires, 45, 275, 277, 294.

Responsabilité politique des ministres, 634, 638, 645* et s. ; c'est le caractère dominant du régime parlementaire, 647 ; exclut le pouvoir personnel du chef de l'Etat, 664. V. Gouvernement parlementaire.

Rétroactivité (Principe de non-), ne donne lieu à aucune difficulté si l'on distingue les situations de droit objectif et les situations subjectives, 202 et s. ; exemple de loi violant le —, 203 et 204 ; la loi nouvelle modifie l'état et la capacité des personnes qui les ont acquis antérieurement, sans qu'il y ait là effet rétroactif, 205 et 216 ; il en est de même des lois modifiant la compétence et les voies de droit, 211 et s. ; le — en matière pénale, 200, 203, 215* et s. ; la distinction des droits acquis et des droits non acquis ou des simples expectatives ne signifie rien et ne peut servir à résoudre

les questions que soulève le —, 211 et s. ; le — consacré par la Déclaration des droits de 1789 et le code civil, 200 ; question de savoir si elle est un principe de droit constitutionnel positif, 200 et 201 ; est un principe de droit supérieur, 201. V. Loi.

Rewbel, proteste contre le caractère de représentant donné au roi en 1791, 614.

Risque social, fondement de la responsabilité de l'Etat et des administrations, 63. V. Responsabilité.

Robespierre, distingue bien les pouvoirs et les fonctions, 526 ; en disciple de Rousseau, soutient que les pouvoirs étant des parties essentielles de la souveraineté ne peuvent être délégués, 526 ; que la séparation des pouvoirs est en contradiction avec l'indivisibilité de la souveraineté, 527, 532 ; proteste en 1791 contre le caractère de représentant donné au roi, 614.

Rocco, sa théorie de l'acte et de la fonction juridictionnels, 319, 340 et 341*.

Rœderer, distingue les pouvoirs délégués ou représentatifs et les pouvoirs commis, 425, 525 et 526 ; fait du pouvoir législatif seul un pouvoir représentatif, 526 ; dit que la séparation des pouvoirs est en contradiction avec l'indivisibilité de la souveraineté, 527 ; proteste contre le caractère de représentant donné au roi, 614.

Roi, est dans la nation, 408, 546 ; considéré comme ayant un droit antérieur à la nation, 546, 547 ; s'il fait alors des concessions, elles sont toujours révocables, 612 ; certaines constitutions donnent au — le caractère de représentant, 547, 612* et s. ; le — d'après la charte de 1814, 630 ; d'après la charte de 1830, 613 ; le — en Allemagne, avant 1918, 631 et 632. V. Gouvernement monarchique, Monarchie.

Romieu, admet, dans certains cas, la possibilité d'une exécution administrative sur les biens, 234 ; a le tort de donner un critérium purement formel du recours pour excès de pouvoir, 388 et 389.

Rosin, montre bien le caractère de loi matérielle appartenant au règlement de police, 196.

Rousseau (**Jean-Jacques**), se trompe quand il parle du moi commun naissant du contrat social, 12 et 13 ; repousse la délégation de la souveraineté, 17 et 18, 109, 422, 523 ; dit que les gouvernants sont seulement des commis, 422, 533 ; soutient que la représentation politique est une aliénation de la souveraineté, 478 et 479, 532 ; ce qu'il dit du gouvernement direct, 475 ; ne voit aucune antinomie entre la souveraineté populaire et le gouvernement monarchique parce que celui-ci n'est qu'une commission, 615 ; affirme l'inaliénabilité de la souveraineté, 108 ; tourne en dérision la théorie de la séparation des pouvoirs, 106* et 107, 527, 532 et 533 ; se met en contradiction avec lui-même quand il dit que chaque citoyen a une quote-part de souveraineté, 442 et 443 ; sa doctrine aboutit à l'absolutisme, 102, 610, 676 ; voit dans la loi constitutionnelle le pacte social, 482 ; définit la loi l'expression de la volonté générale, 173 ; met bien en relief le caractère de généralité appartenant à la loi, 147 ; ses idées sont prépondérantes à la Convention, 481, 532.

Royer-Collard, sa notion des droits et intérêts légitimes, 70 ;

dit qu'il n'est dû obéissance à aucune volonté, à ce seul titre de volonté, 80.

Russie, était jusqu'en 1905 une monarchie théocratique absolue, 21 et s., 31, 610; mouvement révolutionnaire de 1905 et création de la Douma, 21; révolution de mars 1917, 22; avènement du bolchevisme, 22 et 23; le gouvernement soviétique est le type du gouvernement despotique, 609 et 616.

Sacré Collège, 433.

Saint-Empire, 433, 608.

Saint-Martin, propose, en 1791, de décider que l'assemblée législative pourra renvoyer les ministres, 651.

Saint Paul, refusait aux femmes toute participation à la vie publique, 454.

Sanction de la loi, 174 et s.; la loi a sa — en elle-même parce qu'elle est une règle sociale et que sa violation provoque nécessairement une réaction sociale, 175 et s.

Sangnier (**Marc**), demande la représentation professionnelle, 561, 604 et 605*.

Saripolos, prétend à tort que la représentation proportionnelle est en contradiction avec le mandat représentatif, 573 et 574.

Scrutin de liste ou **uninominal**, 564 et s.; en France, scrutin de département et scrutin d'arrondissement, 564; le — de liste est le système de la tradition républicaine, constitution de 1848, 564 et s.; le — uninominal et la constitution de 1852, 565; le — de liste en 1871, 566 et 566; le — uninominal et la loi du 30 novembre 1875, 565 et 566; le — de liste rétabli en 1885 et supprimé en 1889, 565 et 566; mouvement en faveur du — de liste, il est rétabli par la loi du 12 juillet 1919, 566 et s., 569; est celui qui s'harmonise le mieux avec la théorie française de la représentation politique, 567 et 568; le — uninominal est un instrument de corruption, 568 et 569; il favorise trop l'action gouvernementale, 569; le — de liste peut améliorer les mœurs électorales, 570.

Sénat, devrait représenter les syndicats professionnels, 559* et s., 601 et 602; le — de la constitution de 1875, 548; se renouvelle par portion, 570; son mode d'élection, 550 et 551; le — en Belgique, 544 et 545, 550; en Espagne, 549 et 550; en Suède, 550; en Hollande, 550; aux Etats-Unis, 551 et 552; en Australie, 552. V. Chambres, Parlement.

Séparation des fonctions, la constitution de 1793 établit une — et non une séparation des pouvoirs, 532; il en est de même dans le droit actuel, 536 et s.

Séparation de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire, 188 et 189, 294, 335 et 336, 391 et 392, 393 et s., 528* et s., 542; donne lieu à la juridiction objective des conflits d'attributions, 393 et s. V. Autorité administrative, Autorité judiciaire, Contentieux administratif, Séparation des pouvoirs.

Séparation des pouvoirs, inconciliable avec l'indivisibilité de la souveraineté, 106; la — et la constitution de 1791, 508, 514* et s., 534; représentation divisée de la souveraineté, 508, 514, 521* et s.; avec la — ainsi comprise chacun des pouvoirs est souverain et cependant il n'y a qu'une souveraineté, 523 et 524, 527; c'est le mystère de la trinité politique calqué sur le mystère de la trinité

divine, 523 et 524*, 541; la — ainsi comprise n'était ni celle de Montesquieu, ni celle de la constitution anglaise, 526, 634; elle est en contradiction avec l'indivisibilité de la souveraineté, 527; elle conduit nécessairement à des conflits, 527; ce qu'on appelle aujourd'hui la — n'a aucune analogie avec la — de 1791, 528; l'Assemblée de 1871 n'a certainement pas compris la — à la manière de 1791, 535 et 536; ce qu'on appelle aujourd'hui — est une répartition des fonctions, 534 et s., 536* et s., 637; aucun texte de loi constitutionnelle ou ordinaire actuelle ne détermine le sens et la portée de la —, 534 et s.; la — de la constitution de l'an III, 533; de la constitution de 1848, 533 et 534; ce fut une des causes des coups d'Etat de l'an VIII et de 1851, 533 et 534; la — aux Etats-Unis, 520 et 521, 624* et s.; la — et le pouvoir judiciaire, 528 et 529. V. Pouvoir, Séparation de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif, Souveraineté.

Septennat, 426, 627.

Serbie, s'est donné un roi en 1903, 613. V. Yougo-Slavie.

Service public, élément de l'Etat, 54* et s., 134; l'Etat est une coopération de — organisés et contrôlés par les gouvernants, 54, 134*, 599 et 600; les gouvernants ont le devoir juridique d'organiser et de contrôler les —, 54* et s., 64, 134 et 135; définition et critérium du —, 55, 68; le — doit fonctionner d'une manière ininterrompue, 55 et 56; objections contre ma notion de —, réponse, 56; le nombre des — s'accroît avec la civilisation, 57; le caractère de — n'implique pas un monopole de l'Etat, 57; fausse distinction des — d'autorité et des — de gestion, 58 et 59; il n'y a pas plus de puissance publique dans les — de guerre, de police et de justice que dans les autres, 59 et 60; la décentralisation des —, 60 et 61; les — et les biens qui y sont affectés, 60 et s.; garantie organisée pour que le — fonctionne conformément à la loi, 64 et 65; le particulier n'a pas de droit subjectif au —, il est dans une situation légale ou objective, 65; est acte public tout acte fait en vue d'un —, 293 et s.

Seydel, sa théorie est aux antipodes de la mienne, 91; nie la souveraineté de l'empire allemand, 127.

Sieyès, expose à l'Assemblée de 1789 la théorie du mandat représentatif, 500* et 501, 504; dit à la Convention qu'on devrait constituer une représentation des trois grandes industries, 602.

Situation, de droit subjectif, 202 et s., 205 et s.; existe toujours à la suite d'un contrat, 306, 345, 350; ne peut être modifiée par une loi nouvelle, 213 et 214; — légale ou objective toujours modifiée par une loi nouvelle, 204 et s.; exemple des lois sur l'état, la capacité, la compétence, 205 et s.; l'électorat est une — objective, conséquences, 449, 451 et 452*; la — du particulier au regard des services publics est une — objective, 65 et s.; distinction des — de droit subjectif et des — légales ou objectives, 202 et s.; doit être faite de la même façon en droit public et en droit privé, 305 et 306. V. Droit objectif, Droit subjectif.

Société des nations, 261. V. Versailles (Traité de).

Solidarité, par division du travail, 8, 54 et 55; — par similitudes, 54; la — fondement des services publics, 54 et 55; la — et la représentation politique, 411 et s.

Souveraineté, sa définition, 1, 33, 93; théorie ordinaire de la —, 93 et s.; n'existe pas en tant que volonté supérieure inconditionnée, 1 et s., 31* et s., 91, 96, 122, 130, 294; mais la croyance à la — de l'Etat est un fait, 69; la — pouvoir de vouloir, 95 et s.; pouvoir de commander, 97 et s.; pouvoir de commander indépendant, 100* et s.; est ainsi conçue comme droit subjectif, 95; la — pouvoir d'une volonté de ne jamais se déterminer que par elle-même, 101; ainsi comprise, il est impossible de la limiter, 102; difficultés insurmontables auxquelles se heurte cette conception, 98; la —, conçue comme un caractère particulier de la puissance publique, 32 et 33, 110* et s., 130; si l'on admet qu'il existe des Etats non souverains, il est impossible de les distinguer des circonscriptions décentralisées, 115* et s.; 118 et 119, 130; la — territoriale, 51; la — et l'Etat fédéral, 124* et s., 130; théorie de la séparation des pouvoirs qui distingue les éléments de la — et en fait autant de pouvoirs souverains, 521 et s. V. Etat, Etat fédéral, Indivisibilité de la —, Puissance publique, Unité de la —.

Souveraineté nationale, n'existe pas parce que la volonté nationale n'est qu'une fiction, 13 et 14; affirmée par les Déclarations des droits, les constitutions de 1791, 1793, an III, 1848, 17, 94 et 95; est une, indivisible et inaliénable, 17; l'impossibilité de la concilier avec les gouvernements mixtes la condamne, 25; la — n'implique pas nécessairement le suffrage universel, 442 et s.; se concilie très bien avec le système de représentation proportionnelle, 573 et s.; avec la représentation professionnelle, 596 et 597; la croyance à la — s'affaiblit, 594 et 595. V. Nation, Volonté nationale.

Soviets. V. Russie.

Statut des fonctionnaires, 61.

Stein (L.), sa théorie des fonctions de l'Etat, 401, 534.

Stuart Mill, pose le premier en Angleterre la question de la capacité politique des femmes, 456 et 457; approuve le système de la représentation proportionnelle par le quotient électoral, 581.

Suède, admet le suffrage des femmes depuis 1919, 463.

Suffrage censitaire, sous la Restauration et le gouvernement de Juillet, 446.

Suffrage direct et **indirect**, 559 et 560, 562* et s.; les constitutions de l'époque révolutionnaire établissent le — indirect, 562 et 563; il n'est pas en contradiction avec la souveraineté nationale, 563; dans la France actuelle, le — direct est préférable, 563 et 564.

Suffrage universel, sa définition, 440 et 441; admis aujourd'hui dans presque tous les pays, 440; en France, depuis 1848, 28 et s., 441 et 442, 446 et 447, 448; en Angleterre, 23, 440; le — ne découle pas nécessairement du principe de la souveraineté nationale, 442. V. Femmes.

Suisse, est une nation malgré la diversité des langues et des races, 7; est un Etat fédéral, 105, 118, 124; certains cantons votent directement les lois, 19, 475* et 476; la — fait une large

part au référendum et à l'initiative populaire, 486 et 487; chaque canton nomme deux députés au conseil des Etats, 552; la — a adopté, en 1919, le principe de la représentation proportionnelle, 589 et 590; le conseil exécutif fédéral, 620 et 621.

Sujet de droit, l'existence de l'effet de droit n'implique pas le support d'un —, 75.

Sumner-Maine, montre l'influence des idées politiques anglaises sur la constitution des Etats-Unis, 520.

Syndicalisme, son vrai caractère, 9; c'est une erreur de dire que le — est un mouvement anti-étatiste et anti-parlementariste, 600 et 601; n'est pas seulement une force économique, mais aussi une force politique, 30, 408, 598* et s.; arrivera certainement à avoir une représentation au parlement, 598 et 599; ne compromet pas l'unité nationale, erreur de la Révolution, 9 et 10. V. Représentation proportionnelle.

Syndicats professionnels, 8 et s.; féminins, 455 et 456; les — ne sont pas contraires à l'unité nationale, erreur de la Révolution, 9 et 10; leur force politique, 30, 408, 598* et s.; tendent à acquérir une représentation politique et doivent l'avoir, 30, 559 et 560, 598* et s.; les — ne conserveront la force politique que s'ils remplissent les devoirs qui s'imposent à tous gouvernants, 601; une chambre élue par les — peut seule faire contrepoids à la chambre élue au suffrage universel, 601 et 602. V. Association professionnelle, Représentation professionnelle.

Système majoritaire, son illogisme et ses inconvénients, 572 et 573; soutenu par Esmein qui déclare que la représentation proportionnelle est une illusion et un faux principe, 572 et 573, 575; le — aboutit souvent à une représentation de la minorité du corps électoral, 575 et 576; statistique des élections de 1881 à 1914, 575; sophisme qui dit que c'est la faute des abstentionnistes, 576.

Taft (Le président), veut imposer sa volonté au congrès, 637.

Tchéco-Slovaquie, est-elle une nation, 6; admet dans les mêmes conditions l'électorat et l'éligibilité des hommes et des femmes, 465.

Teissier, repousse justement la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion, 269 et 270.

Territoire, limite de l'action des gouvernants, 46* et s., 50 et 51; n'est pas un élément subjectif de l'Etat, 45 et 46; les théories qui prétendent que le — est un élément subjectif de l'Etat aboutissent à des contradictions inextricables, 47 et s.; exclusivité du —, 50; le — objet, 51; théorie inadmissible défendue surtout par les auteurs français, 51 et 52; le — ne peut être cédé que du consentement de la population qui l'habite, 49; la constitution de 1791 donne au — une représentation, 602. V. Nation, Souveraineté.

Thiers, à la fois chef d'Etat et premier ministre de 1871 à 1873, 619, 627; sa responsabilité, 619 et 620, 627 et 628; fait en 1830 la théorie du gouvernement parlementaire, 654.

Thouret, soutenait à l'Assemblée nationale de 1791 que l'électorat est une commission publique, c'est-à-dire une fonc-

tion, 442 et 444; distingue nettement les pouvoirs et les fonctions, 525; à la différence de Robespierre et de Rousseau, admet la délégation des pouvoirs, 526; sa définition du pouvoir judiciaire, 529 et 530; soutient que le roi peut garder les ministres malgré l'assemblée, 651.

Tierce opposition, 354, 373; n'est pas recevable contre l'arrêt prononçant sur recours pour excès de pouvoir l'annulation d'un acte-règle, 376 et 377; décision contraire erronée du conseil d'Etat, 376 et 377.

Todd, ce qu'il dit de la formation du régime parlementaire en Angleterre, 649 et 650.

Träger, les doctrines allemandes du — ressemblent à la doctrine française qui fait de la nation le support de la souveraineté, 421 et 422.

Treitschke, Der Staat ist Macht, 42, 90.

Tribunal des conflits, exerce une juridiction objective d'annulation, 393 et s.

Tribunaux, leur compétence et leur procédure sont toujours réglées par la loi en vigueur au moment où ils statuent, 211 et 212; cependant, quand ils ont été régulièrement saisis, ils ne peuvent être dessaisis par une loi nouvelle, 212 et s.; ni même par une loi interprétative, 225 et 226; les — de répression doivent appliquer la peine prévue par la loi en vigueur au moment où ils statuent, exception, 216 et s. V. Juridiction.

Trinité divine, la théorie théologique de la — a servi de modèle à la théorie juridique des trois pouvoirs conçus comme des attributs personnifiés de la souveraineté, 523 et 524.

Tyran, sa définition, 43; comment il se distingue du prince, 43. V. Despotisme, Gouvernement despotique.

Unité de la souveraineté, 17, 103* et s., 527, 532; l'— et la question des deux chambres, 106, 555* et s.; l'— et l'Etat fédéral, 110 et s., 126* et s.; unité de la république, 103 et 104.

Usurpation de pouvoir, 294 et 295.

Vaillant, propose un référendum consultatif sur la loi militaire de trois ans, 166 et 167.

Versailles (Traité de), 5; le — et la protection internationale des travailleurs, 262; consacre le principe qu'aucune cession territoriale ne peut avoir lieu que du consentement de la population qui l'habite, 49; le — et le domaine aérien, 53; le — et les Dominions britanniques, 120; le — et la Société des nations, 261; le sénat américain refuse d'approuver le —, 637.

Veto populaire, en quoi il consiste et se distingue du référendum, 476 et 477*; le — dans la constitution girondine et la constitution de 1793, 483 et 484. V. Référendum.

Viviani, intervient à la chambre en faveur de la capacité politique des femmes, 471.

Voies de droit, qui garantissent même une situation de droit subjectif peuvent toujours être modifiées par une loi nouvelle, 214 et 215. V. Action, Procédure, Rétroactivité (Principe de non-).

Volonté, dans l'acte juridique en général et dans l'acte administratif, 282 et s.; — réelle et déclarée, 284 et s.; pas plus en droit public qu'en droit privé la — du déclarant n'est la cause efficiente de l'effet de

droit, 286* et s., 290; théories qui admettent la — des collectivités, 428. V. Déclaration de volonté.

Volonté de l'Etat, est la souveraineté, 93 et s.; conçue comme volonté de puissance, 97; n'existe pas dans la réalité, 31* et s., 97, 169, 192, 288, 294. V. Puissance publique, Souveraineté.

Volonté des gouvernants, n'a pas de caractère propre, 3, 31* et s., 55, 293 et 294; n'a pas la puissance de formuler des ordres; 33* et s., 82 et 83, 170, 192; les déclarations de — n'ont de valeur et ne peuvent s'imposer par la contrainte que dans la mesure où elles sont conformes à la règle de droit, 3 et 4, 35* et s., 41, 540 et 541. V. Gouvernants.

Volonté nationale, est un concept métaphysique sans réalité, 1 et 2; est une fiction, 14, 173; l'hypothèse du contrat social serait-elle vraie qu'elle n'impliquerait pas l'existence d'une —, 13 et 14; cette prétendue — n'est jamais que la volonté d'une majorité, 13 et 14; la — dans la théorie de la nation-personne, 16 et s. V. Nation, Souveraineté nationale.

Vote cumulatif, 580.

Vote familial, propositions faites en France, 450 et 451, 471.

Vote limité, 580.

Vote obligatoire, est une conséquence de ce que l'électorat est une fonction, 447 et 448; consacré par la constitution belge et la loi argentine, 448; en France — pour les délégués sénatoriaux, 448; propositions tendant à l'établissement du —, 448.

Vote plural, 449; a été pratiqué en Belgique, est aujourd'hui supprimé, 449 et 450, 589; propositions faites en France, 451, 471.

Waldeck-Rousseau, critique le scrutin d'arrondissement, 568; défend le droit de dissolution, 645.

Wilson (Le président), ses conflits avec le sénat, 637, 638, 663.

Wurtemberg, a la représentation proportionnelle, 591.

Yougo-Slavie, est-elle une nation, 6; n'a qu'une chambre, 549 et 550.

FIN DE LA TABLE ANALYTIQUE

39.622. — Bordeaux, Imprimerie Y. Cadoret, 17, rue Poquelin-Molière.

Law
Const.
D868t

179762

Author Duguit, Léon

Title Traité de droit constitutionnel, vol.2.ed.2.

DATE. | NAME OF BORROWER.

University of Toronto
Library

DO NOT
REMOVE
THE
CARD
FROM
THIS
POCKET

Acme Library Card Pocket
Under Pat. "Ref. Index File"
Made by LIBRARY BUREAU

UTL AT DOWNSVIEW
D RANGE BAY SHLF POS ITEM C
39 13 29 04 11 001 8